Die Anfechtung inkorrekter Entscheidungen im deutschen Zivilprozeß.

Abhandlung

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der Juristischen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Bonn

von

Gerichtsreferendar

Rudolf Piltz

aus Lobenstein (Thüringen)

BONN 1928

VERLAG LUDWIG RÖHRSCHEID.

Angenommen auf Bericht
der Professoren Dr. Grünhut u. Dr. Dölle in Bonn.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

An dieser Stelle möchte ich allen meinen verehrten Lehrern danken, die sich um meine juristische Ausbildung bemüht haben; besonders Herrn Professor Dr. Grünhut, der mir die Anregung zu dieser Arbeit gab.

Verzeichnis der benutzten Bücher und Zeitschriften.

v. Baligand: Zur Lehre von der absoluten Urteilsnichtigkeit, in: Gerichtssaal Bd. 72 S. 172 ff.

Barazetti: Die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde nach der deutschen Zivilprozeßordnung, Berlin 1882.

Baumgarten: Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, Bd. 1, 1920 (S. 196 ff., 393 ff.), Bd. 2, Bd. 3 (1922).

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Gruchots Beiträge), herausgegeben von Rassow und Küntzel, Berlin.

Beling: Revision wegen „Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren" im Strafprozeß. Ein Beitrag zur Systematik der Urteilsmängel, in: Festschrift für Binding 1911, 2. Bd. (S. 87/159).

Bennecke-Beling: Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts 1900.

Bendix: Das Problem der Rechtssicherheit. Zur Einführung des Relativismus in die Rechtsanwendungslehre. Band 3 Heft 5 der Schriften des Vereins „Recht und Wirtschaft" 1914.

Bierling: Juristische Prinzipienlehre, Bd. 4, 1911.

Breit, James: Die Handhabung der Verfahrensordnung vom 13. Februar 1924 in der Berufungsinstanz, in: Juristische Wochenschrift 1924 S. 369 ff.

Brütt: Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907 (S. 18 ff.)

Binder: Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Rudolf Stammlers, 1915.

Binding: Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts, 5. Aufl. 1904.

v. Bülow, Oskar: Gesetz und Richteramt, 1885.

v. Bülow, Oskar: Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen, 1868.

v. Bülow, Oskar: Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, in: Archiv für zivilistische Praxis Bd. 64, S. 1 ff.

v. Bülow, Oskar: Ueber das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht, in: Recht Bd. 10 (1906) S. 769 ff.

v. Bülow, Oskar: Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Zivilprozeßrechts, in: Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 27 S. 201 ff.

Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Aufl. 1906.

Del Vecchio: Die Grundprinzipien des Rechts; übertragen von Hellwig 1923, S. 70 ff.

Dohna, Graf zu: Das Strafprozeßrecht, 2. Aufl. 1925.

Düringer: Richter und Rechtsprechung, Leipzig 1909.

Eltzbacher: Ueber Rechtsbegriffe. Diss. Halle 1899.

Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs und der Reichsanwaltschaft, Leipzig (zit. RG.).

Ehrlich: Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 18.—21. Aufl. 1923, 1. Band, 1. Abtlg., Einleitung, Allgemeiner Teil.

Falkmann: Die Zwangsvollstreckung, Berlin 1888, S. 15.
Falkmann-Mugdan: Die Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. 1914.
Fischer, Otto: Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften, I. II, in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs, herausgegeben von Otto Fischer, 23. Band, 2. Heft, 1912.
Förster-Kann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 3. Aufl., 1. Band 1913, 2. Band. 1926.
Freudenthal-Sauerländer: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 4. Aufl. 1926.
Friedländer: Die Lehre von der absoluten Nichtigkeit strafgerichtlicher Urteile, in: Gerichtssaal Bd. 58 S. 339 ff.
Fuchs: Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz 1909.
Gaupp: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Bd. 1 1890, Bd. 2 1892.
Gerichtskostengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. VII. 1927 (Reichsgesetzblatt Teil 1 S. 152 ff.).
Gerland: Das deutsche Strafprozeßrecht, 1927.
Gmür: Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des Schweizer Zivilgesetzbuchs 1907, Heft 26 der Abhandlungen zum Schweizer Recht, herausgegeben von M. Gmür.
Goldschmidt, James: Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, 1925.
Groß: Beiträge zur Lehre von der Verweisung wegen Unzuständigkeit im Zivilprozeß in: Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß (Buschs Ztschr.) Bd. 46 S. 131 ff.
Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen I. und II. Abtlg., herausgegeben von Stegemann, 2. Aufl. Berlin 1881 (S. 288, 292, 297, 348 ff.).
Hahn-Mugdan: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 8. Band.
Hagemann, in: Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begr. von Busch (Buschs Zeitschr.) Bd. 12 S. 263, 400 ff.
v. Harrasowsky: Die Rechtsmittel im Zivilprozeß nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung. Wien 1879.
Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. 1914.
Heck: Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912 S. 14 ff.
Hellmann, Fr.: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. München 1886.
Hellwig, Konr.: Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, in: Festgabe der Berliner Juristen-Fakultät für Otto Gierke zum Doktorjubiläum 1910, 2. Bd. S. 41 ff.
Hellwig, Konr.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I, 1903, II, 1907, III, 1, 1908/09.
Hellwig, Konr.: System des deutschen Zivilprozeßrechts I 1912, II 1 1919 vollendet von Oertmann).
Heilfron-Pick: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts Bd. 1 und 2, 3. Aufl. 1921.
Hein, Wolfg.: Identität der Partei. Eine dogmatische Untersuchung mit Beiträgen zur Systematik des Zivilprozeßrechts und zur Lehre der Urteilsnichtigkeit. Bd. 1, 1918 (Zivilprozeßrechtliche Forschungen, herausg. von R. Schmidt, Heft 10). Bd. 2, 1925.
Heinsheimer, in Jurist. Wochenschr. 1916 S. 1122, Bem. zu der dort abgedruckten Entsch. des Reichsgerichts.

v. Hippel, E.: Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Berlin 1924.

Jahrbuch des Deutschen Rechts, begr. von Neumann, herausgeg. von Schlegelberger, Boschan und Sternberg.

Jellinek, W.: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. (Diss. Straßburg) 1908.

Jellinek, W.: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913 S. 163 ff.

Juristische Wochenschrift (zit. JW.).

Juristische Rundschau (zit. JR.).

Juristenzeitung, Deutsche (zit. DJZ.).

Jung: Die logische Geschlossenheit des Rechts, in: Gießener Festgabe für Dernburg 1900 S. 131 ff.

Jung: Positives Recht, in: Gießener Jubiläums-Festschrift 1907 S. 471 ff.

Kann: in: Juristische Wochenschr. 1917, S. 769 Anm. zu Nr. 14 der dort abgedr. Entsch. des RG.

Kaufmann: Logik und Rechtswissenschaft 1922.

Kelsen, Hans: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911.

Kelsen, Hans: Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Ueberwindung der Rechtsdogmatik, in: Zeitschr. f. öffentl. Recht III S. 103 ff.

Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl. 1925.

Kisch, W.: Beiträge zur Urteilslehre 1903.

Kisch, W.: Unwirksame Urteile, in: Leipziger Zeitschrift 1923, S. 625 ff.

Kipp: Ueber Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, in: Festschrift der Berliner Juristen-Fakultät für v. Martitz. 1911 S. 211 ff.

Kiss: Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht, in: Iherings Jahrbücher Bd. 58 S. 413 ff.

Koeßler: Fehlerhaft bestimmte Entscheidungen, in: Zeitschr. für deutschen Zivilprozeß (Buschs Zeitschr.) Bd. 48 S. 174 ff.

Kohler: Der Prozeß als Rechtsverhältnis. 1888.

Kohler: Der sogenannte Rechtsschutzanspruch, in: Zeitschr. f. dtsch. Zivilprozeß (Buschs Zeitschr.) Bd. 33 S. 215 ff.

Kohler: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, von Holtzendorff und Kohler, Bd. 3 S. 341 ff. (7. Aufl.).

Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910.

Kracht: Formell unrichtige Entscheidungen in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in: Rheinische Zeitschr. für Zivil- und Prozeßrecht. 7. Jahrg. S. 381 ff.

Kriegsmann: Die Nichtigkeit des Strafurteils, in: Festgabe der Kieler Juristen-Fakultät für Haenel, 1907, S. 453 ff.

v. Kries: Lehrbuch des deutschen Srafprozeßrechts. 1892.

v. Kries: Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und des Strafprozesses nach den Bestimmungen der deutschen Reichsgesetze. Breslau 1880.

Kroschel: Die sogenannte absolute Nichtigkeit der Strafurteile, in: Gerichtssaal Bd. 69 S. 137 ff.

Krug: Zur Frage der absoluten Urteilsnichtigkeit strafrichterlicher Entscheidungen, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW.) Bd. 25 S. 408 ff.

Lask: Rechtsphilosophie, in: Windelband, Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts. 1907, S. 310.

Levin: Ueber Rechtsmittelbelehrung, in: DJZ. 1914 S. 655.

Levis: Die Anfechtung unrichtig bezeichneter Urteile, in: Juristische Rundschau, 1. Jahrg. 1925 Bd. 1: Aufsätze, S. 990 ff.

Leonhard: Auslegung und Auslegungsnormen, 1917 S. 9.

Löffler: Ueber unheilbare Nichtigkeit im österreichischen Strafverfahren, in: Grünhuts Zeitschrift Bd. 31 S. 495 ff.

Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung, Kommentar, 17. Aufl. 1927.

Manigk: Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, in: Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausg. von R. Leonhard, Heft 5 S. 9 ff.

Mannheim: Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren. Abhandlungen aus der Berliner Juristenfakultät III, 1925.

Merkl: Zum Interpretationsproblem, in: Grünhuts Zeitschrift 1916, S. 535.

Meyer: Mitteilung und Besprechung von Entscheidungen, in: Zeitschr. f. dtsch. Zivilprozeß (Buschs Zeitschr.) Bd. 18 S. 261 ff., Bd. 21 S. 335 ff.

Michel: Absolute Nichtigkeit von Zivil- und Strafurteilen im geltenden deutschen Prozeßrecht, Berlin 1906.

Neukamp: Handkommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Aufl. 1911.

Neukamp: Der gegenwärtige Stand der Freirechtsbewegung, in: DJZ. 1912 S. 44 ff.

Nußbaum: Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs, herausg. von Otto Fischer, Bd. XVII, Heft 1.

Nußbaum: Die metaphysisch-teleologische Methode im Prozeß, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 2 S. 307.

Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe, Bd. 1, 1891 S. 22 ff.

Oertmann: Zwangsvollstreckung, in: System des deutschen Zivilprozeßrechts von Hellwig, 2. Teil 1919.

Ofner: Ueber den Einfluß des wesentlichen Irrtums auf Verträge, in: Grünhuts Zeitschrift Bd. 17 S. 345.

Pagenstecher: Die Berufung im neuen Zivilprozeßrecht, systematische Darstellung, Mannheim 1924.

Petersen: Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, bearbeitet von Remelé und Anger, 5. Aufl. Bd. 1 1906, Bd. 2 1906.

Planck, J. W.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, I. Band. 1887, 2. Bd. 1896.

Radbruch: Grundzüge der Rechtsphilosophie 1914 (S. 194).

Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeb. von Soergel.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeb. von Mugdan und Falkmann.

Regelsberger: Gesetz und Rechtsanwendung, in: Jherings Jahrb. 1910 S. 146 ff.

Reincke: Die deutsche Zivilprozeßordnung, 4. Aufl. 1900.

Renaud: Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses, 1873.

Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1927.

Rümelin: Werturteile und Willensentscheidungen, Freiburger Rektoratsrede 1892.

Kümelin: Tübinger Kanzlerreden: Das neue Schweizer Zivilprozeßrecht und seine Bedeutung für uns.

Rumpf: Gesetz und Richter. Versuch einer Methodik der Rechtanwendung, 1906.

Saleilles: Einführung in das Studium des deutschen Bürgerlichen Rechts, übersetzt und herausgegeben von Rud. Leonhard, Breslau 1905 (S. 86).

Sander, Fr.: Besprechung von Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts, in: Zeitschr. f. öffentl. Recht I S. 529 ff.

Sander, Fr.: Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studien zur Rechtslehre Hans Kelsens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, II S. 511.

Sander, Fr.: Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens, in: Zeitschr. f. öffentl. Recht I S. 468 ff.

Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts, 1919.

Seuffert: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Kommentar, 11. Aufl., 1. Bd. 1910, 2. Bd. 1911.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, herausgeg. von Schütt, München und Leipzig.

Schmidt, Rich.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. 1906.

Schmidt, Rich.: Die Aenderungen im Zivilprozeßrecht nach der „Amtsgerichtsnovelle vom 1. VII. 09" und der „Reichsgerichtsnovelle vom 22. V. 1910". Nachtrag zum Lehrbuch. Leipzig 1910.

Schmitt, Carl: Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis. Berlin 1912.

Schneider, K.: Treu und Glauben im Zivilprozesse. 1903.

Schoetensack: Ueber Rechtsmittel und Wiederaufnahmeklagen nach der deutschen Zivilprozeßordnung, in: Würzburger Festgabe für v. Burckhardt, Stuttgart 1910 (S. 249/88).

Schweizer Zivilgesetzbuch vom 10. XII. 07, herausgegeben von Egger, Escher, Oser, Reichel, Wieland; Zürich 1911.

Sigwart: Logik, 3. Aufl. 1904 Bd. 1 und 2 (S. 407).

Skedl: Urteilsnichtigkeit im österreichischen Prozeßrecht, in: Grünhuts Zeitschrift Bd. 14 S. 81 ff.

Skedl: Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung, 1886.

Skonietzki-Gelpcke, Kommentar zur Zivilprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 1. Bd. 1911, 2. Bd. 1912.

Skonietzki: Bemerkungen zu dem Aufsatz Nr. 26, in: Beitr. zur Erl. des bürgerl. Rechts (Gruchots Beitr.) 45. Jahrg. S. 591 ff.

Stammler, R.: Die Lehre vom richtigen Recht, 1902.

Stammler, R.: Theorie der Rechtswissenschaft 1911.

Stammler, R.: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1922.

Stampe: Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz. 1909 (S. 8).

Staffel: Ueber Stammlers Lehre vom richtigen Recht. Jherings Jahrb. Bd. 50 S. 301.

Staffel: Die Stellung des Richters gegenüber dem Gesetz, in: Deutsche Richterzeitung 1911 S. 724 ff.

Stein, Fr.: Grundriß des Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. 1924.

Stein, Fr.: Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913.

Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Kommentar, 8./9.; 11.; 13. Aufl. 1926 (Stein-Jonas).

Struckmann-Koch: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 9. Aufl. 1910.

Sydow-Busch und Krantz: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 16. Aufl. 1920.

Tezner: Das österreichische Administrativverfahren. 1922 (S. 273 ff.).

Troll: Das Versäumnisurteil nach der Reichszivilprozeßordnung. München 1887.

Trutter: Bona fides im Zivilprozeß, 1892.

Vierhaus: Ueber die Methode der Rechtsprechung, 1911.

Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1 1885 (S. 269 ff.).

Wach: Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung, 2. Aufl. 1896 (S. 121).

Wach: Urteilsnichtigkeit. Ein Rechtsgutachten, in: Rheinische Zeitschr. für Zivil- und Prozeßrecht, 3. Jahrgang (S. 373 ff.), 4. Jahrgang (S. 506 ff.), 6. Jahrgang (S. 357 ff.).

Walsmann: Der Irrtum im Prozeßrecht, in: Archiv f. ziv. Prax. Bd. 102, S. 1 ff.

Warneyer: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausg. von Warneyer, Leipzig.

Wehli: Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung, in: Festschrift für Wach I (Leipzig 1913) S. 421 ff.

Wellspacher: Vertrauen auf äußere Tatbestände im Bürgerlichen Recht, 1906 (S. 115 ff.).

Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Bd. 1903.

Werner: Die irrtümliche Bezeichnung einer Entscheidung, in: Gruchots Beiträgen, 45. Jahrgang (1901) S. 585.

Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl. 1878.

Wurzer: Nichturteil und nichtiges Urteil. Heft 40 der Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, herausgeg. von Franz Leonhard, Breslau 1927.

Wurzer: Die Prozeßvoraussetzungen, in: Gruchots Beiträgen Bd. 64, 45, 46.

Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß (ZfdZp.) (BuschsZ.).

Zitelmann: Lücken im Recht. 1903.

Zoeller, in: Buschs Zeitschr. (ZfdZp.) Bd. 16 S. 318 ff.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

a) Das Problem: Systematische Stellung und Abgrenzung. — Praktische Bedeutung (im Zivilprozeß, in der Zwangsvollstreckung) 1

b) Ziel und Plan der Arbeit 5

c) Terminologisches 6

I. Hauptteil: Die Rechtsprechung 7

a) Allgemeines über die Darstellung 7

b) Die Entscheidungsgruppen 8

I. Zwischenurteil nach § 303 oder § 304 ZPO.? 9

II. Zwischenurteil nach § 275 oder § 303 ZPO.? 14

III. Zwischenurteil oder Teilurteil (§ 301 ZPO.)? 15

IV. Endurteil (§ 300 ZPO.) oder Zwischenurteil? Das bedingte Endurteil (§ 462 ZPO.) 17

V. Kontradiktorisches oder Versäumnisurteil? 18

VI. Urteil oder Beschluß? 19

VII. Beschlüsse im Zwangsvollstreckungsverfahren, Zwischenurteil über den Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention (§ 71 Abs. 2 ZPO.) 20

c) Zusammenfassung und Kritik 21

Anhang: Zusammenstellung der einschlägigen Literatur (Lehrbücher und Kommentare) . . . . . .

II. Hauptteil: Die Lösungsversuche und ihre kritische Würdigung 25

a) Werner — Skonietzki 25

b) Koeßler 27

c) Kracht 30

d) Levis 35

e) Wurzer (Darstellung und Teilkritik) 40

III. Hauptteil: Die eigene Lösung 60

a) Die Kritik Wurzers zugleich ein Teil der Grundlegung . . 60
(Abstraktrechtliche und konkretprozessuale Betrachtungsweise).

b) Fortsetzung der Grundlegung. Elemente zum Aufbau . . 70
(Der Richterspruch als prozessuale Willenserklärung und Prozeßhandlung).

c) Die Entwicklung der Lösung aus der Billigkeit, ihre praktische Bewährung und dogmatische Rechtfertigung 78
(Der modifizierte Sowohl-als-auch-Standpunkt. Die Theorie der funktionellen Gestattung des Rechtsmittels).

Schluß: Zusammenfassung. Ein legislatorischer Vorschlag . . . 96

Einleitung.

Das Thema dieser Arbeit ist eine Spezialfrage des Problems der fehlerhaften Richterakte. Es stellt systematisch betrachtet einen Ausschnitt aus dem größeren Problem des „fehlerhaften Staatsakts" dar, historisch betrachtet ist unsere Frage älter als die moderne weitere Problemstellung und vom genetischen Standpunkt aus vielleicht ihr Kernstück, an das sich die mit dem modernen „Rechtsstaat" auftauchenden verwandten Fragen ankristallisiert haben.

a) Unser Thema wird in der Systematik des „fehlerhaften Staatsakts" durch drei Spezifika ein- und untergeordnet. Es behandelt, wenn man an die Dreiteilung der Staatsgewalt (Gesetzgebung, Rechtsprechung, Verwaltung) anknüpft, eine Ausstrahlung der Jurisdiktionsgewalt, und zwar in der durch das Rechtsinstitut des Zivilprozesses gegebenen Begrenzung der „ordentlichen Gerichtsbarkeit". Zerlegt man die gerichtliche Tätigkeit in die drei Grundformen: Entgegennahme von Parteierklärungen, Entscheidungen und Handlungen[1]), dann will unsere Arbeit die „Entscheidungen" untersuchen, und zwar nicht in Hinblick auf ihre materiellrechtliche, sondern ihre formellrechtliche „Richtigkeit".

Das so bezeichnete Objekt der wissenschaftlichen Untersuchung soll unter einer ganz bestimmten Fragestellung betrachtet werden, die zugleich der Forschung den methodischen Weg zeigt: es handelt sich um die „Anfechtung" solcher Entscheidungen, mit anderen Worten, um ein Problem der Rechtspraxis, der Rechtsanwendung, nicht der reinen Rechtslehre, der Rechtstheorie.

Es braucht wohl kaum hervorgehoben zu werden, daß eine wissenschaftliche Untersuchung eines so spezialisierten Themas im Gegensatz zur Entscheidung eines einzelnen praktischen Falles alle oben ausgeschiedenen übergeordneten und gleichgeordneten Elemente des Problems des „fehlerhaften Staatsakts" heranziehen

---

1) Jellinek, W.: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, 1908 (S. 18).

muß zur Kritik der vorhandenen Meinungen, zur Vergleichung, zur Gewinnung von Grundbegriffen und zum Aufbau der eigenen Ansicht. Nur muß man sich immer der Fragestellung bewußt bleiben, damit am Schluß Frage und Antwort korrespondieren.

Einige Beispiele werden das eben Gesagte verdeutlichen und zugleich die praktische Bedeutung des Problems erkennen lassen.

Das Gericht erster Instanz erläßt in einem Termin zur mündlichen Verhandlung, in dem eine Partei nicht erschienen war, eine Entscheidung, die es mit „kontradiktorisches Urteil" bezeichnet. In den Gründen ist ausgeführt, daß es bei der Entscheidung das bisherige Vorbringen der säumigen Partei und das Ergebnis der vorher stattgefundenen Beweisaufnahme berücksichtigt habe und daher kein Versäumnisurteil, sondern ein kontradiktorisches Urteil erlassen wolle. Die beschwerte Partei steht vor der Frage, ob sie „Einspruch" oder „Berufung" einlegen soll. Der „Einspruch" entspricht der Entscheidung, die bei richtigem Verfahren hätte gewählt werden müssen, die „Berufung" der Entscheidungsart, die nach der Charakterisierung des Instanzrichters vorliegt. Welche rechtliche Natur hat die Entscheidung? Wird sie durch die unrichtige Auffassung des Vorderrichters oder vom abstrakten Gesetz bestimmt?

In einem praktischen Fall, der dem höchsten deutschen Gericht zur Beurteilung vorlag [2]), hatte die säumige Partei den Weg beschritten, der durch die Charakterisierung des Berufungsurteils als „kontradiktorisches Urteil" vom Berufungsrichter angedeutet war, nämlich Revision eingelegt. Das Reichsgericht verwarf die Revision nach § 566 ZPO als unzulässig mit der Begründung, daß es nicht darauf ankomme, ob das Instanzgericht ein Versäumnisurteil oder ein kontradiktorisches Urteil erlassen *wolle*, auch einerlei sei, wie es das Urteil *bezeichne*, sondern daß lediglich der *Inhalt* der Entscheidung maßgebend sei. Ein Versäumnisurteil liege dann vor, wenn es auf der totalen Versäumnis einer Partei beruhe und deren Folgen: Zugeständnis und Ausschließung der Rechtsbehelfe der säumigen Partei zur Verwirklichung bringe, ein kontradiktorisches Urteil dagegen, wenn die Partei — wenn auch zu Unrecht — als vertreten angesehen worden sei. Unerheblich sei, ob ein Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils von der Gegenpartei gestellt worden sei. Da sich im Tatbestand des Urteils die Feststellung finde, daß die Partei nicht erschienen war, läge tatsächlich ein Versäumnisurteil vor, das mit dem Einspruch angegriffen werden müsse.

2) RG. 50, 387.

Nach der Verwerfung der Berufung war die Einspruchsfrist verstrichen und das Urteil rechtskräftig geworden [3]).

Beachtet man noch einen weiteren vom Reichsgericht in einer anderen Entscheidung [4]) ausgesprochenen Grundsatz, dann steht die Partei vor einem unlöslichen Widerspruch, der eine Rechtsverweigerung darstellt: Hätte die beschwerte Partei in dem oben erwähnten Falle „Einspruch" eingelegt, dann hätte ihn der Instanzrichter als unzulässig verwerfen müssen, „da er an seine Entscheidung gebunden sei und ein als kontradiktorisch ergangenes Urteil nicht nachträglich für ein Versäumnisurteil erklären könne".

Läßt man den zuletzt erwähnten Entscheidungsgrundsatz des Reichsgerichts außer Betracht, dann besteht im günstigsten Falle durch die unrichtige Behandlung des Vorderrichters ein Schaden der Partei in den Anwaltsgebühren und ihren sonstigen Unkosten. Die Gerichtskosten können nach § 6 des deutschen Gerichtskostengesetzes [5]) niedergeschlagen werden. Eine Schadenersatzklage gegen den Landesfiskus, die sich auf den Tatbestand des § 839 BGB stützen müßte, ist in den meisten Fällen aussichtslos, da dem Richter eine fahrlässige Behandlung der Sache wohl nie nachzuweisen sein wird. Er hat „nach bestem Wissen und Gewissen" geurteilt.

Der weitere Schaden, der bei dieser Rechtsprechung leicht eintreten kann und der darauf beruht, daß die sachliche Entscheidung formell rechtskräftig geworden ist, läßt sich ebenfalls nicht vollständig ausgleichen. Die Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Verfahrens, der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage (§§ 579, 580 ZPO.) sind zweifellos nicht gegeben. Will man nicht gegen die Versäumung der Anfechtungsfrist des „zulässigen" Rechtsmittels („zulässig" nach der Meinung des das eingelegte Rechtsmittel verwerfenden Gerichts) die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewähren, wozu nach dem Wortlaut und dem Sinn der Vorschrift des § 233 ZPO. kein Anlaß vorliegt [6]), dann kann man die Partei nur darauf hinweisen, sich gegen einen weiteren Schaden im Zwangsvollstreckungsverfahren

---

3. Zu diesem Ergebnis kommt RG. 42, 347.
4) RG. 35, 345.
5) „Die Gerichte sind befugt, Gebühren, welche durch eine unrichtige Behandlung der Sache ohne Schuld der Beteiligten entstanden sind, niederzuschlagen . . ."
6) Nach der Literatur und Rechtsprechung ist dieser Weg anscheinend noch nicht beschritten worden.

zu sichern. Aber auch wenn man durch eine extensive Auslegung der Bestimmung des § 233 ZPO. der Partei helfen will, so bleibt es eben doch nur ein Hilfsmittel, das für derartige Fälle zweifellos nicht vorgesehen war. Eine grundsätzliche Lösung der Frage der Anfechtung inkorrekter Entscheidungen wird damit nur umgangen, wenn man offenbar unbillige Auswirkungen einer Rechtsprechung notdürftig ausgleicht, ohne sie auf ihre dogmatische Richtigkeit hin wissenschaftlich zu untersuchen. Deshalb wird auch hier davon abgesehen, diesen Hilfsweg weiter zu verfolgen.

Dagegen mag die Behandlung dieser fehlerhaften Entscheidungen im *Zwangsvollstreckungsverfahren* kurz angedeutet werden. Denn sie hängt unmittelbar mit der Frage der Anfechtbarkeit und Nichtanfechtbarkeit einer Entscheidung zusammen: Die Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urteils („vollstreckbare Ausfertigung" § 724 ZPO.). Sie wird in der Regel vom Gerichtsschreiber erster Instanz erteilt. Diese Tätigkeit hat in der Hauptsache beurkundenden Charakter, aber sie enthält eben doch häufig auch eine Entscheidung. Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel ist ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil. (Es soll hier nur der Hauptfall erwähnt werden, im übrigen ist auf die §§ 794 ff. ZPO. zu verweisen.) Der Gerichtsschreiber hat den Eintritt der formellen Rechtskraft selbständig und unter eigener Verantwortung zu prüfen [7]). Er hat insbesondere zu entscheiden, ob gegen das Urteil ein Rechtsmittel oder der Einspruch *an sich* zulässig ist. Der Beginn der Rechtsmittel- und Einspruchsfrist durch ordnungsmäßige Zustellung des Urteils ist ihm vom Antragsteller nachzuweisen, den unbenutzten Ablauf kann er in der Regel aus den Akten feststellen, eventuell greifen hier die Bestimmungen über das Notfristattest (§ 706 ZPO.) ein.

Die Prüfung geht dahin, den rechtlichen Charakter der Entscheidungsart zu erkennen. Der Gerichtsschreiber hat die im Urteil erkennbar zum Ausdruck gebrachte richterliche Auffassung über seine rechtliche Natur zu erforschen und seiner Entscheidung über die Rechtskraftfähigkeit und Rechtskräftigkeit zugrundezulegen. Es kann ihm aber eine erneute juristische Würdigung und Nachprüfung der richterlichen Auffassung über die formellen Voraussetzungen einer bestimmten Entscheidungsart weder zugestanden noch zugemutet werden.

7) Vergl. Rosenberg, a. a. O., S. 553; Falkmann-Mugdan, a. a. O., S. 111 Anm. 4; Petersen, a. a. O., Bd. 2 S. 271; Stein-Jonas, § 706 III Anm. 3; Hellwig, Syst. II S. 161 ff.

Da hierbei dem Gerichtsschreiber Irrtümer unterlaufen können, und die weitere Durchführung der Zwangsvollstreckung in der Regel von größter wirtschaftlicher Bedeutung für die Beteiligten ist, ist es dem Schuldner gestattet, „Einwendungen" gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel zu erheben (§ 732 ZPO.). Er wird dann geltend machen, daß der Gerichtsschreiber die Rechtsnatur der Entscheidung verkannt habe und daher die Anfechtungsfrist zu Unrecht für schon verstrichen gehalten habe. Die Entscheidung durch das Gericht, zu dem der Gerichtschreiber gehört, kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen und ist daher als Beschluß nach § 793 ZPO. mit der sofortigen Beschwerde angreifbar. Das Gericht weist den Antrag zurück oder gibt ihm statt und erklärt die Vollstreckungsklausel für unzulässig, sodaß der Schuldner daraufhin die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung der bereits vollzogenen Vollstreckungsmaßnahmen zu betreiben berechtigt ist (§§ 775 Ziff. 1, 776 ZPO.). Möglicherweise kann er von der Gegenpartei Schadenersatz verlangen [8]).

Da diese „Einwendungen" keine aufschiebende Wirkung auf das Zwangsvollstreckungsverfahren haben, besteht die praktisch sehr wichtige Bestimmung, daß das Gericht zum Schutze des Schuldners auf Antrag oder von Amtswegen „einstweilige Anordnungen" erlassen kann, die in § 732 Abs. 2 ZPO. näher bezeichnet sind. Ob gegen die Entscheidung auf die sofortige Beschwerde noch eine „weitere sofortige Beschwerde" gegeben ist, muß am Einzelfall geprüft werden. Es gilt der Grundsatz der duae difformes (§ 568 Abs. 2 ZPO.).

Man erkennt aus diesen Ausführungen nicht nur die praktischen Folgen, die sich je nach der Bestimmung der rechtlichen Natur einer Entscheidung ergeben können, sondern man kann auch für die dogmatische Behandlung des Problems eine beachtenswerte Feststellung machen: Auch der Gerichtsschreiber ist vor die Aufgabe gestellt, den Richterspruch zur Grundlage einer eigenen Entscheidung zu nehmen. Man wird schon hier die billige Forderung aussprechen können, daß an die Partei keine größeren Ansprüche an Rechtskenntnis als an die Justizbeamten gestellt werden können.

b) Damit ist unser Problem nach seinem Inhalt und seiner systematischen Stellung umrissen, seine praktischen Konsequenzen sind an einem Beispiel aufgezeigt. Es bleiben noch einige

---

8) Vergl. Falkmann-Mugdan, a. a. O., S. 147 ff.

Worte über das *Ziel und den Plan der Arbeit* zu sagen. Unser Problem wird von der Rechtsanwendungspraxis gestellt. Von ihr ist auszugehen und zu ihr ist wieder zurückzukehren. Daher will die Arbeit zunächst eine vollständige Darstellung der höchstrichterlichen Rechtsprechung geben, um aus den Verschiedenheiten der einzelnen Fälle das Gemeinsame hervortreten zu lassen: die Bedürfnisse des Rechtslebens. Sodann werden die Lösungsversuche, die die Praxis angestellt hat, zu verzeichnen sein und mangels theoretischer Grundlegung zunächst vom Rechtsgefühl gewürdigt werden. Die Arbeit will weiter die gesamte wissenschaftliche Behandlung dieses Problems in ihren Grundzügen wiedergegeben und zu ihr kritisch Stellung nehmen. Das ist bisher noch nicht versucht worden. Unsere Kritik verfolgt den Zweck, für unsere und für eine zukünftige Behandlung gewisse logisch unhaltbare und dogmatisch unergiebige Bearbeitungen auszuschalten und andere entwicklungsfähige Gedanken hervorzuheben. Die neueste Arbeit von Wurzer wird dabei besonders eingehend wiedergegeben werden. Einmal hat auch sie bisher noch keine eingehende wissenschaftliche Besprechung gefunden, und zum anderen wird sich im strikten Widerspruch zu ihr unsere Meinung entwickeln. Unsere Theorie wird im Gegensatz zur Wurzer'schen Methode auf induktivem Wege, von den Bedürfnissen des Rechtslebens ausgehend, zu einer — wie uns scheint — befriedigenden Lösung gelangen und sich in die Dogmatik des Prozeßrechts systematisch und organisch einfügen lassen. Ihre Anwendung auf die wichtigsten praktischen Fälle wird den Schluß der Arbeit bilden.

c) Ehe wir mit der Darstellung der Rechtsprechung beginnen, mögen noch einige Bemerkungen über die der Kürze halber von uns gewählte *Terminologie* gestattet sein. Das Gericht, das die Entscheidung erläßt, ist das „Instanzgericht", das Gericht, das über einen Rechtsbehelf entscheidet, ist das „Rechtsmittelgericht". Das Gesetz versteht unter „Rechtsmitteln" nur Berufung, Revision und Beschwerde, dagegen nicht den Einspruch. Wir verwenden zuweilen diesen engen technischen Begriff des Rechtsmittels, zuweilen auch einen weiteren Begriff, der den Einspruch gegen das Versäumnisurteil und den Widerspruch gegen Arrest und einstweilige Verfügung (§§ 924, 936 ZPO.) umfaßt, dagegen nicht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die übrigen Rechtsbehelfe bezeichnet. In welchem Sinne das Wort „Rechtsmittel" gebraucht ist, ergibt sich jeweils aus dem Zusammenhang.

I. Hauptteil.

Die Rechtsprechung.

a) Wenn die Darstellung der Judikatur nicht nur eine wohlgeordnete Sammlung von Ergebnissen sein soll, sondern zugleich eine Vorstellung vermitteln soll von dem praktischen Fall, der das Gericht gerade zu diesem Entscheidungsgrundsatz führte, dann begegnen uns hier besondere Schwierigkeiten. Und doch ist eine Betrachtung eines Wertmaßstabes nur dann fruchtbringend, wenn zugleich das Objekt der Wertung in aller Klarheit vorliegt.

Ist es in anderen Fällen möglich, trotz des Mangels des „Tatbestandes" im Abdruck der Reichgerichtsentscheidungen sich bereits aus den Entscheidungsgründen ein klares Bild von den wesentlichen Tatsachen zu machen, die der gerichtlichen Beurteilung unterlagen, so erscheint es hier fast ausgeschlossen, ohne einen genauen „Tatbestand", der den teilweisen oder gesamten Abdruck der angefochtenen Entscheidung enthalten müßte, die Voraussetzungen für diese tiefere wissenschaftliche Betrachtung zu schaffen.

Der Irrtumsmöglichkeit und -intensität des Richters sind keine logischen Grenzen gesetzt. Aus der Begründung der reichsgerichtlichen Entscheidung ist der Einzelfall schwer zu konstruieren, denn alle „Tatsachen" sind schon durch eine juristischbegriffliche Darstellung nicht mehr „wertfrei", besser „bewertungsfrei".

Wenn wir später davon hören werden, daß eine Entscheidung „ihrem Inhalte nach" diesen Charakter und nach der „Bezeichnung" oder „Form" oder „Begründung" oder „zum Ausdruck gebrachten Willen" jenen rechtlichen Charakter aufweise, so ist es uns leider unmöglich, die „Abstufung der Fehlerhaftigkeit", die Irrtumsintensität festzustellen. Wir können auch leider nicht sagen, ob die Partei vom Standpunkt der Normalität [1]) aus, nach verkehrsmäßiger Betrachtungsweise, diesen oder jenen rechtlichen

---

1) Siehe über diesen Begriff beachtliche Ausführungen bei Sauer, a. a. O. S. 16, 29, 72 ff.

Charakter aus der angefochtenen Entscheidung herauslesen konnte und mußte. Deshalb ist eine Anwendung unserer Theorie auf die praktischen Fälle der Rechtsprechung ausgeschlossen. Wir müssen uns damit begnügen, selbstkonstruierte Fälle zur Erprobung heranzuziehen.

Trotz der Erkenntnis, hier auf eine von Anfang an tiefere wissenschaftliche Behandlung verzichten zu müssen, erhält die Darstellung doch einen praktischen Wert: sie wird durch die Beschreibung mehrerer Einzelfälle und die Systematisierung allmählich ein zwar generalisierendes, aber doch — wie uns scheint — genügend klares Bild des „Tatbestandes" als Objekt der juristischen Wertung erzeugen.

Die abstrakte dogmatische Bestimmung dieser Fälle ist schon in der Einleitung gegeben worden. Als konkrete Erscheinung können sie, vom vorjuristischen Standpunkt aus betrachtet, zunächst nur durch eine verschwommene und daher ziemlich wertlose Abstraktion gekennzeichnet werden: Diese Entscheidungen sind geeignet, beim juristisch ungeschulten Durchschnittsmenschen die Ueberzeugung zu begründen, es liege eine bestimmte Entscheidungsart vor, die unanfechtbar oder mit diesem oder jenem Rechtsmittel anfechtbar sei. Oder sie erzeugen bei dem unjuristischen Betrachter zunächst den Eindruck eines unbestimmten rechtlichen Charakters. Die Zweifel muß er dann durch eine Stellungnahme lösen, wenn anders er nicht vorzieht, sich gegen die Eventualität einer bestimmten Entscheidungsart durch Einlegung mehrerer Rechtsmittel zu sichern. Die Tatsachen, die eine solche Ueberzeugung begründen, werden sich allmählich aus den Begründungen der Reichsgerichtsentscheidungen offenbaren, wenn „Ansichten und Auffassungen" der Partei als unbegründet zurückgewiesen werden.

Wir bringen eine Zusammenstellung der Rechtsprechung des Reichsgerichts als des höchsten deutschen Gerichts; soweit andere Gerichte eine maßgebende Rolle spielen, werden sie besonders hervorgehoben werden.

b) Die Rechtsprechung soll nach „Entscheidungsgruppen" dargestellt werden. Jede Gruppe enthält die Entscheidungen, die nach der Meinung des Rechtsmittelgerichts die gleiche Inkorrektheit aufweisen, d. h. bei denen der Richter die gleiche Prozeßnorm verletzt hat. Die Gruppen werden durch Fragen charakterisiert, z. B. Urteil oder Beschluß? Zwischenurteil oder Teilurteil? Erst die Zusammenfassung wird gemeinsame und verschiedene Ent-

scheidungsgrundsätze bei den verschiedenen Gruppen gegenüberstellen.

Wohl am häufigsten taucht die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtsmittels und damit nach der Natur einer Entscheidung auf, wenn ein „Zwischenurteil" erlassen worden ist. Denn es gibt drei Arten, die nach ihren Voraussetzungen und der Rechtsmittelfähigkeit verschieden geregelt sind.

Das Zwischenurteil als vorweggenommene Entscheidung über eine oder einen Teil der Streitfragen des Prozesses, die zur Entscheidungsreife gediehen sind, kann die Verwerfung von prozeßhindernden Einreden zum Gegenstand haben. Wenn außerdem die anderen Voraussetzungen des § 275 ZPO. vorliegen (und nicht die Ausnahme des § 512a ZPO. gegeben ist), ist es wie ein Endurteil selbständig mit Berufung und Revision anfechtbar. Es kann über einen zur Entscheidung reifen Zwischenstreit ergehen. Dann ist es nicht selbständig, sondern erst mit dem Endurteil zusammen mit Berufung und Revision anfechtbar (§§ 303, 512 ZPO.). Vor der Aenderung der ZPO. durch die VO. über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. II. 1924 war das Zwischenurteil nach § 303 ZPO. ohne weiteres über „einzelne selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel" zulässig. Ist schließlich ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig, so kann das Gericht über den Grund vorabentscheiden. Dann ist das Zwischenurteil nach § 304 ZPO. sofort rechtsmittelfähig. Wird es nicht angefochten, so wird es rechtskräftig. Was zum Grunde eines Anspruchs im Gegensatz zum Betrage gehört, ist oft zweifelhaft. Die oben skizzierten Bestimmungen der §§ 275, 303, 304 der geltenden Zivilprozeßordnung vom 30. I. 1877 sind nach der Neufassung vom 13. V. 1924 zitiert. Sie sind mit Abweichungen in den §§ 248, 275, 276 der Zivilprozeßordnung in der alten Fassung enthalten und werden dann mit dem Zusatz „a. F." zitiert.

I. Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidungsgruppe drei verschiedene Entscheidungsgrundsätze herausgebildet. Wie sie in der zeitlichen Folge angewandt wurden, soll später gesagt werden; hier soll nur eine systematische Zusammenstellung gegeben werden. Einige Fälle, die eine Vermengung der herausgestellten Entscheidungsgrundsätze und damit logische Widersprüche enthalten, mögen besonders erwähnt werden.

1. Das Reichsgericht läßt den *Willen* [2]) oder die Absicht [3]) des Richters, ein anfechtbares Zwischenurteil (nach § 275 oder § 304 ZPO., bezw. § 248 oder § 276 ZPO. a. F.) oder ein unanfechtbares Zwischenurteil (nach § 303 ZPO. bezw. 275 ZPO. a. F.) zu erlassen, dafür maßgebend sein, ob Rechtsmittel zu gewähren sind oder nicht *(„Willenstheorie")*. Gleichgültig soll sein, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der „gewollten" Entscheidungsart vorliegen. Das Reichsgericht drückt diesen Gedanken in der Regel so aus: Der Richter hat eine Entscheidung nach § 304 erlassen *wollen,* deshalb ist das Rechtsmittel zulässig. Oder: Es kommt darauf an, ob der Richter eine solche Entscheidung *hat* erlassen *wollen und* auch tatsächlich *erlassen hat* [4]). Aus dieser letzten Formulierung ist allerdings nicht klar zu erkennen, ob die reine „Willenstheorie" maßgebend sein soll, oder ob bereits ein Uebergang zu der später zu behandelnden „objektiven Theorie" angedeutet sein soll.

Der Wille, die Absicht als innerer Vorgang wird nun aus verschiedenen Entscheidungsmerkmalen geschlossen; entweder aus dem „Inhalt der Urteilsformel" [5]), oder aus den „Entscheidungsgründen" [6]), oder aus „Tatbestand und Gründen" [7]) oder aus „Formel und Gründen" [8]) oder aus dem „Inhalt" [9]) oder aus einem „ausdrücklichen Hinweis in den Gründen auf bestimmte Paragraphen" [10]) oder aus der „Bezeichnung" [11]).

---

2) RG. 49, 338; JW. 96, 148 [12]; JW. 05, 645 [13]; JW. 07, 7 [7]; Recht 08, 206 Ziff. 1234.
3) JW. 97 (323 Nr. 6).
4) JW. 00 (249 Nr. 1); JW. 06 (718 Nr. 19).
5) RG. 13, 404 (1895).
6) RG. 6, 421 (1882); JW. 93, 538 Nr. 14; JW. 94, 196 Nr. 12; JW. 98, 46 Nr. 7 und 8 (1897); Seuff. Arch. Bd. 45, Nr. 48; RG. in Gruch. Beitr. 32, 424 (1887).
7) JW. 01, 36 Nr. 8 (1900).
8) RG. 65, 300; JW. 94, 424 Nr. 15; JW. 98, 108 Nr. 2; JW. 98, 503 Nr. 11; JW. 01, 365 Nr. 2.
9) JW. 98, 46 Nr. 8; Seuff. Arch. Bd. 54 Nr. 254 (1899): bayr. oberstes LG.
10) RG. 8, 363 (1882); RG. 12, 362 (1884); RG. 58, 232 (1904); JW. 92, 159 Nr. 7; JW. 93, 346 Nr. 18; JW. 97, 449 Nr. 10; JW. 97, 603 Nr. 11; JW. 00, 470 Nr. 5; Seuff. Arch. Bd. 39, 472 (1884: OLG. Hamburg); Seuff. Arch. Bd. 56, Nr. 64; Seuff. Arch. Bd. 63 Nr. 26; Gruchots Beitr. Bd. 37, 1242 (1893); Gruchots Beitr. Bd. 38, 1224.
11) JW. 95, 379 Nr. 4; JW. 97, 232 Nr. 18; Seuff. Arch. Bd. 63 Nr. 26: OLG. München.

Das Reichsgericht hat im allgemeinen darauf verzichtet, für die Anwendung dieser „Willentheorie" eine nähere Begründung zu geben. Einige Male hat es ausgesprochen, die Beklagten hätten ein Recht auf die Berufung, um das inkorrekte Zwischenurteil aus der Welt zu schaffen, damit es nicht in Rechtskraft erwachse [12]).

2. In anderen Entscheidungen läßt das Reichsgericht nur den *„sachlichen Inhalt"* [13]) der Entscheidung für die Feststellung ihres prozessualischen Charakters und für die sich daran anknüpfende Rechtsmittelgewährung maßgebend sein *(„Objektive Theorie")*. Der Inhalt wird an den Begriffen gemessen, die sich aus dem Gesetz für die drei Arten von Zwischenurteilen ergeben. Der Rechtsmittelrichter hat eine vom Instanzrichter unabhängige rechtliche Prüfung der Entscheidung vorzunehmen, m. a. W. eine erneute Subsumtion der aus dem Tatbestand ersichtlichen Tatsachen unter die Prozeßnormen, die die Entscheidungsarten betreffen.

Maßgebend ist „der Inhalt, wie er sich aus Formel und Begründung ergibt" [14]).

Unmaßgeblich ist entweder die „ausdrückliche Bezeichnung als Urteil nach § 303 oder § 304 ZPO." [15]) (bezw. § 275, § 276 ZPO. a. F.), oder die „Ansicht und Absicht" des Instanzrichters [16]), oder die „Fassung der Formel und die Begründung" [17]). Die Auffassung des Vorderrichters kann höchstens zur Auslegung herangezogen werden [18]). Auch die „Fassung des Tenors" ist *allein* nicht maßgebend für die rechtliche Charakterisierung [19]).

Zur Begründung dieses Standpunktes hat das Reichsgericht in einigen Entscheidungen ausgeführt, daß einer Partei durch die

---

12) JW. 98, 281; RG. in: Gruch. Beitr. Bd. 45 S. 85.

13) JW. 99, 697 Nr. 10; JW. 01, 839 Nr. 14; Seuff. Arch. Bd. 50, 460.

14) RG. 42, 349 (1898); RG. 42, 396 (1898); JW. 96, 432 Nr. 8; JW. 08, 558 Nr. 22; JW. 12, 399 Nr. 21; JW. 20, 777; Gruchots Beitr. Bd. 44, 196; Gruchots Beitr. Bd. 48, 822 (1904); Lpz. Zeitschr. 21, 572; Hans. GerZ. 12, Beibl. 194: OLG. Hamburg.

15) RG. 42, 347; RG. 42, 394; RG. 54, 342; JW. 00, 852 Nr. 2; JW. 12, 399 Nr. 21; JW. 20, 777; Lpz. Ztschr. 21, 572; Gruchots Beitr. Bd. 44, 196; Beuff. Arch. Bd. 55 Nr. 115; Hans. GerZ. 1921, Beibl. 203; RG. in: Recht 1912 Nr. 459.

16) RG. 54, 342; LZ. 21, 572; JW. 99, 673 Nr. 5; JW. 03, 399 Nr. 8; JW. 08, 558 Nr. 22; JW. 20, 777.

17) JW. 99, 829 Nr. 8; JW. 20, 777; LZ. 21, 572; RG. in: Recht 1912 Nr. 459.

18) Gruchots Beitr. Bd. 51, 194.

19) JW. 12, 399 Nr. 21.

„unrichtige Auffassung des Vorderrichters oder seine Willkür das ihr gesetzlich zustehende Rechtsmittel nicht entzogen werden dürfe“ [20]).

Es wird also ein Rechtsmittel zugelassen, wenn sich die Entscheidung nach ihrem Inhalt als Vorabentscheidung über den Grund darstellt, obwohl das Urteil in der Begründung ausdrücklich als Urteil nach § 303 ZPO. erklärt wird [21]).

Andererseits wird ein Rechtsmittel zurückgewiesen, soweit mit ihm nicht die Aufhebung des Endurteils, sondern die eines vorangegangenen Zwischenurteils verlangt wird, das in seiner Begründung ausdrücklich als nicht selbständig anfechtbares Zwischenurteil nach § 303 ZPO. (bezw. § 275 ZPO. a. F.) bezeichnet ist und jetzt vom Rechtsmittelrichter seinem „wahren Inhalte nach“ als Vorabentscheidung über den Grund charakterisiert wird. Es sei nunmehr rechtskräftig und für den Rechtsmittelrichter unabänderlich geworden. Dabei wird noch nebenbei festgestellt, daß diese Vorabentscheidung über den Grund garnicht ergehen durfte [22]). Es mag noch hervorgehoben werden, daß der Vorderrichter, wie die Begründung zeigt, auch keine solche hat erlassen wollen.

In der Entscheidung, deren Ergebnis vorstehend wiedergegeben ist [23]), finden sich folgende charakteristischen Sätze: „Faßt man den Tenor der Entscheidung mit ihrer Begründung zusammen, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß das Berufungsgericht eine Vorabentscheidung über den Grund des erhobenen Anspruchs hat erlassen *wollen* und auch tatsächlich erlassen *hat*. Die Klägerin verweist auf den Schluß der Entscheidungsgründe, woselbst zwar ausgesprochen wird, daß „„nicht ein Urteil gemäß § 276 ZPO. a. F. (jetzt § 304 ZPO.), sondern ein Zwischenurteil nach § 275 ZPO. a. F. (§ 303) erlassen worden sei““. Aber dieser Passus ist nicht entscheidend, er beweist nur, daß sich der Berufungsrichter in der rechtlichen Unterstellung seines eigenen Urteils irrte. Man darf diese unrichtige Beurteilung mit dem, was der Richter in Wahrheit hat entscheiden wollen und tatsächlich entschieden hat, nicht identifizieren. Denn für letzteres ist der Inhalt des Urteils, wie er sich aus Urteilsformel und Begründung ergibt, entscheidend . . .“

---

20) RG. 39, 389 ff., 391 = JW. 97, 231 = Seuff. Arch. 53, Nr. 54.
21) RG. 54, 342.
22) RG. 42, 347 = JW. 03, 399 Nr. 8.
23) RG. 42, 347.

Es wird also hier ein durchaus objektiver Maßstab angewandt, wenn auch die Gründe die Willenstheorie zu halten suchen.

Eine interessante Entscheidung [24]) dafür, wie in der Begründung des Reichsgerichts die beiden bisher gekennzeichneten Standpunkte ohne jeden logischen Zusammenhang vermengt werden, enthält folgende Sätze: „. . . Der Revision ist darin beizutreten, daß es für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidend ist, wie der Vorderrichter das Urteil *aufgefaßt* und ob er eine Vorabentscheidung nach § 276 ZPO. a. F. (jetzt § 304 ZPO.) hat erlassen *wollen*. Der Revision ist jedoch *trotz* der Fassung der Urteilsformel und der Entscheidungsgründe darin nicht zu folgen, daß es in der *Absicht* des Berufungsgerichts gelegen hat, ein Urteil, wie es § 276 ZPO. a. F. vorsieht, zu erlassen. Zu einer Vorabentscheidung über den Grund gehört, daß endgültig befunden wird . . . An diesem Erfordernis fehlt es . . . Daß nun der Berufungsrichter diese Rechtslage verkannt hat, kann nicht ohne weiteres angenommen werden und auch nicht aus der Fassung des Urteils gefolgert werden . . . Danach ist davon auszugehen, daß das angefochtene Urteil kein Zwischenurteil nach § 276 *ist* und auch der Berufungsrichter ein solches nicht hat erlassen *wollen* (!). Es stellt sich als ein solches nach § 275 ZPO. a. F. (jetzt § 303 ZPO.) dar . . ."

Leider kennt man nicht den Wortlaut der Urteilsformel des Berufungsurteils!

Hier mag noch eine Wendung festgehalten werden, die in der Begründung einer Reichsgerichtsentscheidung auftaucht und auf die im theoretischen Teil der Arbeit zurückgekommen werden soll: „Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts wird der Charakter des Zwischenurteils nicht durch seine Bezeichnung oder die Meinung des Gerichts, sondern durch seinen Inhalt und die objektive *Prozeßlage* bestimmt [25])."

3. Das Reichsgericht hat dann weiter — besonders in seinen neueren Entscheidungen — folgenden Standpunkt eingenommen: Das Rechtsmittel ist sowohl dann zu gewähren, wenn der Vorderrichter erkennbar ein Urteil nach § 304 ZPO. erlassen wollte, obwohl nach dem sachlichen Inhalt eine Entscheidung nach § 303 ZPO. vorliegt, als auch dann, wenn bei sachlicher Prüfung sich die Entscheidung als ein Urteil nach § 304 ZPO. darstellt, mag das Gericht auch ein Urteil aus § 303 ZPO. haben erlassen wollen

---

24) JW. 99. 829 Nr. 8.
25) JW. 00, 439 Nr. 7.

und dies selbst ausdrücklich ausgesprochen haben (*„Sowohl-als auch-Standpunkt"*)[26]).

II. Diesen eben dargestellten Grundsatz hat das Reichsgericht auch dann angewandt, „wenn der Richter erkennbar ein sofort anfechtbares *Zwischenurteil nach § 275 ZPO.* erlassen wollte, bei genauerer Prüfung des Inhalts aber tatsächlich nur ein Urteil nach § 303 ZPO. vorliegt". Das Rechtsmittel wird für zulässig erklärt[27]).

Für die Zulässigkeit des Rechtsmittels genügt es also, wenn das Gericht ein Zwischenurteil nach § 275 Abs. 2 ZPO. hat erlassen wollen, mag es auch an den gesetzlichen Voraussetzungen dafür gefehlt haben: z. B. die Einrede ist gar keine prozeßhindernde[28]), oder es ist nicht abgesondert verhandelt worden[29]), oder das Zwischenurteil enthält zugleich eine Sachentscheidung[30]). Die Prozeßordnungswidrigkeit der Urteilsform wird in diesen Fällen nur als ein wesentlicher Verfahrensmangel im Sinne des § 539 ZPO. angesehen[31]). Umgekehrt wird, wenn das Urteil nach seinem Inhalt objektiv den Voraussetzungen des § 275 ZPO. entspricht, der Rechtsmittelzug nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Gericht sich über den Charakter des Urteils geirrt hat; z. B. es für ein gewöhnliches Zwischenurteil nach § 303 ZPO. gehalten hat[32]).

Hier mögen die Begründungen zweier Entscheidungen gekürzt wiedergegeben werden, die beide auf diesem „Sowohl-als auch-Standpunkt" beruhen und trotzdem zu verschiedenen rechtlichen Erfolgen führen. In beiden Fällen hat sich der Vorderrichter über den rechtlichen Charakter der Entscheidung geirrt. In dem einen Falle schadet diese irrige Rechtsansicht der Partei nicht, in dem anderen Falle wird ihr Vertrauen auf diese juristische Charakterisierung enttäuscht, sie wird geschädigt:

„Der Vorderrichter habe — wie er in den Gründen ausgesprochen habe — ein revisionsfähiges Urteil nach § 275 ZPO.

---

26) RG. 39, 390; RG. 72, 222; JW. 07, 337 Nr. 18; JW. 06, 26 Nr. 27 (1906); JW. 98, 571 Nr. 10; Seuff. Arch. Bd. 64, 480 Nr. 230; Bd. 41, 367 Nr. 238 (1886: OLG. Kiel); Bd. 74 Nr. 19; RG. in: Recht 1912 Nr. 458; 1918 Nr. 1215; RG. in Gruch. Beitr. Bd. 53, 1091; Rsp. d. OLG. Bd. 35, 169: OLG. Braunschweig.

27) ZfdZp. (Buschs Zt.) Bd. 48, 222: OLG. München.

28) JW. 86, 72 Nr. 3; Gruch. Beitr. Bd. 30, 735.

29) JW. 98, 281 Nr. 16; JW. 00, 784 Nr. 3; Gruch. B. Bd. 45, 85.

30) Gruchots Beitr. Bd. 49, 1017 (1904).

31) Gruch. Bd. 45 S. 85.

32) JW. 01, 327 Nr. 4; RG. 12, 399 (1884).

erlassen wollen. Daraus folge nur, daß die Beklagte gegen das Zwischenurteil Revision hätte einlegen *können*. *An sich* stelle sich das Zwischenurteil nicht als ein rechtsmittelfähiges dar. Die Beklagte könne daher das Zwischenurteil zugleich mit der Revision gegen das Endurteil anfechten . . .[33])"

Im anderen Falle[34]) wäre das Zwischenurteil nach § 275 ZPO. (jetzt § 303 ZPO.) ohne selbständige Rechtsmittelfähigkeit *gedacht und gewollt*. *Tatsächlich* sei es ein Zwischenurteil nach § 276 ZPO. a. F. (jetzt § 304). Die Unterinstanz könne nicht durch ihre unrichtige Rechtsauffassung oder ihre Willkür das an sich gegebene Rechtsmittel ausschließen. Das damals falsch charakterisierte Zwischenurteil sei als selbständig anfechtbares Urteil nicht angefochten und daher jetzt rechtskräftig geworden. Es könne nicht mehr abgeändert werden.

Eine dritte Reichsgerichtsentscheidung soll wegen ihrer logischen Widersprüche bei der Behandlung des Sowohl-als auch-Standpunktes festgehalten werden[35]): „. . . Es besteht keine Bindung an die Bezeichnung oder die Auffassung des Gerichts, auch die Fassung ist nicht ohne weiteres maßgebend, vielmehr kommt es nur auf den *Inhalt* an, wie er sich aus der Formel und der Begründung ergibt. Im vorliegenden Falle ist aber nicht anzunehmen, daß das landgerichtliche Erkenntnis seinem Inhalt nach eine Vorabentscheidung über den Grund darstelle. Durch die Worte der Formel hat der erste Richter zu *erkennen gegeben*, . . . Somit war auch *nach außen* hin genügend *klargestellt*, daß . . . . eine Vorabentscheidung noch nicht gegeben werden sollte". Die Entscheidung vermengt Bestandteile der Willenstheorie und der objektiven Theorie. — Die in uns aufsteigenden Zweifel über den Wert und die Rechtfertigung der zwiefachen Betrachtungsweise desselben Objekts, der richterlichen Willenserklärung, mögen bereits hier angedeutet werden.

III. Eine dritte Entscheidungsgruppe wird durch die Frage gekennzeichnet: *Zwischenurteil* (nach § 303, § 304 ZPO., bezw. § 275, § 276 ZPO. a. F.) *oder Teilurteil* (§ 301 ZPO.)?

Das Teilurteil ist das Endurteil für einen Teil des Streitgegenstandes. Es ist sofort selbständig mit den Rechtsmitteln gegen das Endurteil anfechtbar. Von dem selbständig und nichtselbständig anfechtbarem Zwischenurteil war schon oben die Rede.

---

33) Gruchot Beitr. Bd. 53, 1091; Seuff. Arch. Bd. 64 Nr. 230.
34) JW. 97, 231 = Rg. 39, 390.
35) JW. 20, 777 Nr. 6; vergl. an ders. Stelle Mendelssohn Bartholdy.

Die Rechtsprechung schwankt auch bei dieser Gruppe. Das Reichsgericht hat in den meisten Fällen den *Inhalt* der Entscheidung maßgebend sein lassen. Er sei aus Formel und Begründung zu schließen. Dann hat es dem „erkennbaren Willen" des entscheidenden Richters, dessen „rechtlicher Auffassung" und der irrigen „Bezeichnung" keinerlei Bedeutung zuerkannt[36]). In zwei Entscheidungen[37]) wird ausdrücklich gesagt, daß eine Rechtsprechung des Reichsgerichts, die auf den Willen des Richters abhebt, sich nur für die Fälle der §§ 303 und 304 ZPO. entwickelt habe, daß dagegen bei Zweifeln, ob ein Teil- oder ein Zwischenurteil vorliege, der Inhalt ausschlaggebend sein müsse.

Dennoch findet man Entscheidungen, die für die rechtliche Charakterisierung und Rechtsmittelgewährung den *Willen* des Instanzrichters entscheidend sein lassen[38]). „Wille" und „Absicht" sollen durch Auslegung aus der „Begründung" oder dem „Inhalt" der Entscheidung ermittelt werden[39]). Selbst die irrtümliche Bezeichnung[40]) wird zuweilen als wesentlich erachtet für die Feststellung des prozessualen Charakters und die Gewährung von Rechtsmitteln. — Der oben skizzierte „Sowohl-als auch-Standpunkt" wird ebenfalls, allerdings nur in einer Entscheidung, vertreten[41]).

Es mögen noch zwei wichtige Entscheidungen hervorgehoben werden: in der einen wird ausdrücklich ausgesprochen, daß es auf die Natur der *tatsächlich* erlassenen Entscheidung und nicht auf die ankomme, die bei korrektem Verfahren hätte erlassen werden müssen[42]). In der anderen wird gesagt, daß das Instanzgericht dennoch ein Zwischenurteil habe erlassen können, obwohl die *Prozeßlage* ein Teilurteil gestattete und erforderte. Aus dem Inhalt müsse auf die Absicht geschlossen werden . . . . Der Instanzrichter sei sich eben dann der Tragweite des § 273 ZPO. a. F. (Teilurteil) oder der im Streitstoff vorhandenen Möglichkeit der Abgabe eines Teilurteils nicht bewußt gewesen . . .[43])"

---

36) JW. 96, 432 Nr. 9; JW. 98, 571 Nr. 11; JW. 99, 534 Nr. 11; JW. 11, 548Nr. 31; RG. 102, 175; LZ. 21, 572; Gruch. Beitr. Bd. 56, 636; Recht 11 Nr. 178, 17 Nr. 84, 17 Nr. 253.

37) RG. in Warn. Rsp. 1912 Nr. 45; OLG. Colmar in ZfdZp. (Buschs Zeitschr. Bd. 41, 405).

38) JW. 11, 157 Nr. 18 = LZ. 11, 219 Nr. 28.

39) RG. 21, 340; OLG. Braunschweig in Seuff. Arch. Bd. 46 Nr. 226.

40) JW. 95, 379 Nr. 4; JW. 96, 412 Nr. 17; LZ. 1918, 955.

41) JW. 11, 157 Nr. 18.

42) RG. 96, 12.

43) RG. 21, 340.

IV. Zur Beurteilung, ob die inkorrekte Entscheidung als *Endurteil oder Zwischenurteil* zu charakterisieren sei, hat das Reichsgericht wieder folgende Gesichtspunkte hervorgehoben:

1. Der *Inhalt,* der rechtliche Charakter entscheidet, nicht die Form [44]) und die entgegenstehende Bezeichnung [45]).

2. Der *Wille* des Instanzrichters, der aus „Form und Inhalt" zu schließen ist, entscheidet [46]).

Der Sowohl-als auch-Standpunkt ist nirgends ausgesprochen.

Hier ist auch das fehlerhafte *bedingte Endurteil* zu behandeln. In Frage steht eine Entscheidung, in der die vom Eid abhängige Aberkennung oder Zuerkennung des streitigen Anspruchs nur für einen Fall, sei es der Leistung oder der Verweigerung des Eides, ausgesprochen ist, während für den entgegengesetzten Fall eine Entscheidung überhaupt nicht oder nur ein Zwischenurteil oder ein Beweisbeschluß erlassen ist. Das Reichsgericht hat in seiner Rechtsprechung geschwankt. Verschiedene Senate erklärten das Urteil für kein Endurteil, sondern für ein unanfechtbares Zwischenurteil [47]), andere hielten es für ein gültiges Endurteil [48]), obwohl sein gesetzlicher Begriff nicht erfüllt war. Die Vereinigten Zivilsenate [49]) haben die zuletzt erwähnte Auffassung ausgesprochen. Diese Entscheidung verdient, in Auszügen wiedergegeben zu werden, weil sie — wie uns scheint — richtige theoretische Ansatzpunkte enthält, auf die später zurückzukommen sein wird.

„. . . Die Beantwortung der Frage wird davon abhängen, ob angenommen wird, daß ein Urteil des vorliegenden Inhalts ein den prozeßrechtlichen Bestimmungen in allen Beziehungen entsprechendes prozessual korrektes Endurteil ist. Und wenn dies verneint wird, ob auch ein inkorrektes Eidesurteil . . . immerhin noch ein Endurteil ist, die Inkorrektheit des Urteils nur als ein Grund zur Aufhebung desselben infolge der zuzulassenden Rechtsmittel zu behandeln sei, oder ob ein solches inkorrektes Urteil überhaupt nicht als Endurteil anzusehen ist. Während der zuerst gedachte Weg durch die Aufhebung des Urteils und die

44) RG. 1, 427.

45) RG. 6, 430; RG. 16, 286; JW. 98, 503 Nr. 10; JW. 01, 327 Nr. 4; RG. in Seuff. Arch. Bd. 37 Nr. 268.

46) JW. 88, 11 Nr. 12.

47) RG. 5, 347; 6, 430.

48) RG. 6, 423; JW. 91, 88 Nr. 4; RG. i. Seuff. Arch. Bd. 38 Nr. 179 III; OLG. Braunschweig in Seuff. A. Bd. 38, Nr. 179 II; Bayr. oberst. Landes-Ger.: Seuff. A. Bd. 38 Nr. 275.

49) RG. 7, 421 ff.: VZS. vom 20. Okt. 1882.

Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz zum Zwecke der Erlassung eines korrekten bedingten Endurteils die Sache in die gesetzliche Bahn zurückführt, führt die zuletzt erwähnte Auffassung zu bedenklichen *praktischen* Resultaten, denn dann ist die Entscheidung überhaupt unter keine der verschiedenen Arten richterlicher Entscheidungen unterzubringen . . . Wenn die Sache wegen Unzulässigkeit der Revision an die Vorinstanz zurückgeht, würde sich sofort die Frage aufwerfen, welche Bedeutung denn die frühere inkorrekte Entscheidung für die nunmehr von der Vorinstanz zu erlassende anderweite bezw. fernere Entscheidung habe, ob sie als nicht geschrieben zu gelten, also gar keine Bedeutung habe, oder ob sie die Vorinstanz für die fernere Endentscheidung binde oder etwa nur die Bedeutung eines Beweisbeschlusses habe . . . Daher ist aus *praktischen Gründen* der ersteren Auffassung der Vorzug zu geben."

V. Eine verhältnismäßig einheitliche Rechtsprechung des Reichsgerichts ist in den Fällen festzustellen, in denen es sich darum handelt, ob eine Entscheidung als *kontradiktorisches Urteil oder als Versäumnisurteil* zu qualifizieren ist.

Hier hat das Reichsgericht trotz ausdrücklicher Bezeichnung des Urteils als kontradiktorisches stets eine sachliche Prüfung des Inhalts vorgenommen und dabei folgende Sätze herausgebildet: Wenn die Entscheidung auf der „totalen Versäumnis" einer Partei beruht, also in dem Urteil — wenn auch zu Unrecht — festgestellt ist, daß eine Partei nicht erschienen war, dann liegt ein Versäumnisurteil vor. Die Versäumnisfolge (Zugeständnis und Ausschluß der säumigen Partei mit weiterem Vorbringen und weiteren Rechtsbehelfen) wird dann als von selbst eingetreten erachtet. Dabei schadet es nichts, wenn der Richter die Schlüsse aus den Folgen der Versäumnis nicht zieht, vielmehr auf Grund der bisherigen Verhandlung und der Beweisaufnahme erkennt. Auch der Mangel des Antrags [50]) auf Erlass des Versäumnisurteils ist für die Kennzeichnung unerheblich [51]).

Es mag besonders hervorgehoben werden, daß bei dieser Behandlung in der Regel nach der Zurückweisung der Berufung

---

50) Aehnlich ist der Mangel des Antrags auf Erlaß eines Anerkenntnisurteils (§ 307 ZPO.) zu bewerten. Hier ist allerdings vom RG. der Wille des Richters für die Eröffnung des Rechtsmittelzugs für maßgebend gehalten worden. Vgl. RG. 60, 316 ff.

51) RG. 28, 393; RG. 35, 345; RG. 39, 412; 50, 387; JW. 16, 1122 (hier auch Anm. von Heinsheimer); JW. 16, 752 Nr. 17; JW. 17, 769 Nr. 14 (hier auch Anm. von Kann).

gegen das als kontradiktorisch charakterisierte Urteil die Einspruchsfrist verstrichen ist. —

Eine grundlegende Entscheidung [52]) der neuesten Zeit, die sich auch mit einem Versäumnisurteil, allerdings besonderer Art (Versäumnisurteil in Ehesachen) beschäftigt, mag auszugsweise wiedergegeben werden. Die hier behandelte Frage wird im theoretischen Teil noch verschiedentlich eine Rolle spielen. Außerdem findet man hier eine kurze Begründung des Standpunktes. Das Instanzgericht hatte in einem Scheidungsstreit die Klage durch „Versäumnisurteil" abgewiesen und der Widerklage durch „kontradiktorisches Urteil" stattgegeben. Der Kläger legte Einspruch ein. Das Reichsgericht führt aus: „. . . In weiterer Entwicklung der bisherigen Rechtsprechung über einheitliche Verhandlung und Entscheidung in Ehesachen ist zuzulassen, daß gegenüber einem zwiespältigen Urteil auch dem Einspruch eine Wirkung beizumessen ist, welche über den als Versäumnisurteil gemeinten Teil des Urteils hinausgreift und nicht nur diesen Teil des Rechtsstreits, sondern auch den streitig verhandelten Teil in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befunden hatte. Es muß hier der Grundsatz Anwendung finden, den die Rechtsprechung zu § 303 und § 304 ZPO. entwickelt hat: die Partei darf nicht dadurch Nachteile in ihren Rechten erleiden, daß sie durch ein unrichtiges Verfahren des Gerichts in eine prozessual schwierige Lage versetzt wird; wie dort die Zulässigkeit der Berufung auch dann anerkannt wird, wenn das Landgericht nicht ein Zwischenurteil nach § 304 *erlassen,* aber ein Urteil als solches *bezeichnet* hat und umgekehrt, so muß auch hier die Partei vor Schaden bewahrt werden, wenn sie von dem Rechtsbehelf Gebrauch gemacht hat, auf den sie durch unrichtiges Verfahren des Gerichts hingewiesen worden ist. An solchen prozessualen Schwierigkeiten darf man das sachliche Recht der Parteien nicht scheitern lassen."

VI. Bei der Frage nach dem richtigen Rechtsmittel, wenn anstelle eines Beschlusses ein Urteil oder ein *Urteil* anstelle eines *Beschlusses* ergangen war, hat das Reichsgericht im allgemeinen einen einheitlichen Standpunkt eingenommen. Danach ist die *Form* (Urteil oder Beschluß) *unmaßgeblich,* es kommt nur auf den sachlichen *Inhalt* an, darauf, „ob die Entscheidung nach dem Gesetz in dieser oder jener Form ergehen *mußte*". Die meisten fehlerhaften Entscheidungen dieser Art bestehen darin, daß die

52) RG. 110, 138.

Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren auf Grund der §§ 887, 888, 890 ZPO. entgegen der Vorschrift in § 891 i. Vbdg. m. § 793 ZPO. statt in Beschlußform in Urteilsform ergangen sind.

Das Reichsgericht hat hier im Ergebnis fast stets die sofortige Beschwerde für das allein zulässige Rechtsmittel erklärt [53]). Die Begründungen sind freilich häufig recht unklar und unwahrhaftig. Das Reichsgericht versucht, die „richtige" Meinung dem Vorderrichter als „seine wirkliche Meinung" unterzuschieben [54]). Bestimmt hat dieser eine andere Charakterisierung gegeben, sonst hätte die Partei nicht das „falsche" Rechtsmittel eingelegt [55]). Eine genaue Nachprüfung läßt sich jedoch aus den oben schon hervorgehobenen Gründen nicht durchführen.

In einigen anderen Fällen hat das Reichsgericht allerdings wieder die *unrichtige Form* der erlassenen Entscheidungen für die Anknüpfung des zulässigen Rechtsmittels *maßgebend* sein lassen [56]). Danach hat das Reichsgericht im Ergebnis gegen einen anstelle eines Urteils ergangenen Beschluß die sofortige Beschwerde und gegen ein anstelle eines Beschlusses ergangenes Urteil die Berufung für zulässig gehalten.

Einige Oberlandesgerichte haben sich dieser Rechtsprechung angeschlossen [57]).

VII. Um die Darstellung der Rechtsprechung über inkorrekte Entscheidungen zu vervollständigen, seien hier noch zwei Entscheidungsgruppen erwähnt, die praktisch allerdings keine große Rolle spielen und deshalb kurz zusammengefaßt werden mögen.

Nach der Zivilprozeßordnung sind die *Beschlüsse* auf Grund von §§ 707, 719 Abs. 1 ZPO. jeder Anfechtung entzogen, die auf Grund von §§ 769, 771 ZPO. mit der sofortigen Beschwerde (§ 793 ZPO.) und die nach §§ 924, 936 ZPO. mit dem Widerspruch angreifbar.

---

43) RG. 15, 392; 32, 379; 34, 406; JW. 81, 4; 87, 111 Nr. 3; 90, 49 Nr. 13; 00, 155 Nr. 16; 02, 272; 03, 99 Nr. 10; RG. in Warn. Rsp. 1925 Nr. 70; ZfdZp. (Buschs. Z.) 10, 397 (LG. Bremen); 12, 263 (LG. Hannover); 16, 316 (Lg. Frankenthal); Bayr. obst. LG. i. Seuff. Arch. 41, Nr. 255; Bl. f. Rechtspfl. i. Bez. d. KammerG. 1890, S. 81.

54) JW. 03, 99 Nr. 10 u. dort zit. Entscheidungen.

55) Selbst das Berufungsgericht hatte dieses „falsche" Rechtsmittel für zulässig erachtet. Vgl. RG. 32, 379 ff.

56) RG. 18, 356; 32, 428; 48, 406.

57) Rechtspr. der OLG. Bd. 13 S. 244; Seuff. Arch. Bd. 51 Nr. 220 (OLG. Celle); Seuff. Arch. 57, Nr. 49 (OLG. Hamburg); Bl. f. Rechtspfl. i. Thür. u. Anh. Bd. 39 S. 260 (OLG. Jena). — a. A. in Bl. f. Rechtspfl. im Bez. des KammerG. 1890 S. 81.

Das Reichsgericht schwankt auch hier: Es läßt einmal den „erkennbaren Willen, wie er aus der ausdrücklichen Bezeichnung hervorgeht“ [58]), ein anderes Mal den „Inhalt und die Begründung“ des Beschlusses maßgebend sein [59]). — Ueber den Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention ist nach § 71 Abs. 2 ZPO. (§ 68 Abs. 2 ZPO. a. F.) durch ein mit der sofortigen Beschwerde anfechtbares *Zwischenurteil* zu entscheiden. Diese Zurückweisung war in den vom Reichsgericht beurteilten Fällen zugleich mit in dem in der Hauptsache ergehenden Endurteil enthalten. Das Reichsgericht wies die Berufung des Nebenintervenienten zurück: „die nur äußere Verbindung ändere nichts an dem Charakter der Entscheidung als Zwischenurteil, gegen das nur die sofortige Beschwerde das zulässige Rechtsmittel sei [60]).“

c) Zusammenfassung und Kritik.

Ueber die Rechtsprechung lassen sich folgende generelle Feststellungen treffen, an die zugleich einige kritische Bemerkungen angeschlossen werden mögen:

Gewisse Entscheidungsgrundsätze findet man bei allen, einige nur bei besonderen Entscheidungsgruppen, ohne daß jedoch in den Begründungen angegeben wird, warum eine verschiedenartige Behandlung der Fälle gewählt wird. Sie scheinen doch auf den ersten Blick in ihrer Kernfrage gleich zu liegen.

Aber auch bei den einzelnen Fällen einer Entscheidungsgruppe mit dem gleichen Grundtatbestand wechseln die Ergebnisse: entweder wird das Rechtsmittel, auf das die Partei durch die *Charakterisierung des Richters* hingewiesen worden ist, zugelassen, oder es wird zurückgewiesen und nur das Rechtsmittel für zulässig erklärt, das dem *„sachlichen Inhalt“ der Entscheidung* entspricht. Dieser Begriff bezeichnet eine erneute, von der Würdigung des Vorderrichters unabhängige rechtliche Prüfung der Entscheidung durch den Rechtsmittelrichter. Als Maßstab dienen ihm dieselben gesetzlichen Begriffe der Entscheidungsarten, die der Vorderrichter bei seiner Subsumtion verwendet hat. *Sein* Urteil, das natürlich genau so irrtümlich sein kann, wie das des Vorderrichters, ist dann für die Gewährung von Rechtsmitteln maßgebend.

Zuweilen wird auch die „materielle Prozeßlage“ (der Prozeßstoff, wie er zur Zeit der Spruchfällung vorlag), nicht nur die reine Willenserklärung des Richters, wie sie in der Entscheidung

58) JW. 01, 514 Nr. 4.
59) RG. in Gruchots Beitr. Bd. 45 S. 379.
60) RG. 15, 412; RG. 18, 140; RG. 38, 402.

vorliegt, zur „Feststellung der rechtlichen Natur der Entscheidung" herangezogen[61]). Daß darin eine vorweggenommene erneute richterliche Würdigung des gesamten Tatbestandes liegt, die Aufgabe des materiellen Rechtsmittelverfahrens ist, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden.

Es wurden oben in der angegebenen Weise verschiedene „Ergebnisse" der Rechtsprechung einander gegenübergestellt, denn es erübrigt sich im allgemeinen, auf die Einzelheiten der Begründungen einzugehen. Sie sind häufig voller logischer Widersprüche[62]). Mit den Worten und Wortverbindungen: Absicht, Wille des Richters, Inhalt, Formel, Gründe usw. wird sowohl das eine wie das andere „Ergebnis" begründet. So wird zuweilen der „Wille" des Richters ebenso wie der „sachliche Inhalt" aus „Formel und Begründung" geschlossen. Entgegen ausdrücklicher Bezeichnung und eingehender Begründung wird der Wille des Richters ins gerade Gegenteil verkehrt und diese Auffassung schließlich als „sein" Wille untergeschoben[63]). Es herrscht leider eine Sprachverwirrung, die die schwankende Rechtsprechung nicht verdeckt, sondern noch bedenklicher erscheinen läßt. Es fehlt an klaren Entscheidungsgrundsätzen, den Grundlagen einer guten Rechtpflege.

Die verschiedenen Ergebnisse sollen kurz vom *praktischen Gesichtspunkt* aus gewürdigt werden:

Soweit die Entscheidungen nur auf den „sachlichen Inhalt" abheben, widersprechen sie unserem Rechtsempfinden: Weshalb soll die Partei den möglicherweise eintretenden Schaden tragen, wenn sie ein nach Ansicht des Rechtsmittelrichters „unzulässiges" Rechtsmittel eingelegt hat, auf das sie durch die Charakterisierung der Entscheidung durch den Instanzrichter hingewiesen worden ist? Sollen der Partei bessere Rechtskenntnisse als dem ersten Richter zugemutet werden? Dabei können die Fälle rechtlich außerordentlich schwierig liegen. Soweit die Entscheidungen sich lediglich nach dem zum Ausdruck gebrach-

61) JW. 00, 439.

62) z. B. RG. in Gruchots Beiträgen 45, S. 100 ff. Dort wird gesagt: „. . . . Da nun einmal das Landgericht ein Zwischenurteil nach § 276 ZPO. (jetzt § 304) hat erlassen wollen und erlassen hat, war die Berufung *zulässig*, aber mit Recht macht die Revision geltend, daß das Berufungsgericht, bevor es auf die Sache einging, zu prüfen gehabt hätte, ob das Urteil prozeßrechtlich erlassen werden durfte und daß es zur Verneinung dieser Frage, mithin aus diesem prozessualen Grunde zur *Zurückweisung* der Berufung hätte gelangen müssen . . ."

63) RG. 32, 380; RG. 42, 347; JW. 11, 157.

ten „Willen" des Richters richten, erscheinen sie uns insofern unbillig, als auf diese Weise durch Richterwillkür einer Partei die ihr nach dem Gesetz in einer bestimmten Prozeßlage zustehenden Rechtsbehelfe endgültig abgeschnitten werden können. Soweit bei einigen Entscheidungsgruppen der „Sowohl-als auch-Standpunkt" eingenommen worden ist, liegen nach einer Richtung hin Entscheidungen vor, die unserem Gerechtigkeitsgefühl entsprechen: Dann beachtet man das Vertrauen der Partei auf die Richtigkeit der rechtlichen Charakterisierung der Entscheidung durch den Instanzrichter. Andererseits kann dieser Standpunkt zu Härten führen, wenn der Instanzrichter bei der Partei den Glauben erweckt hat, die Entscheidung sei nicht selbständig mit Rechtsmitteln anfechtbar. Denn hier weist das Reichsgericht die Anfechtung eines Zwischenurteils, das die Partei mit dem Endurteil anfechten will, zurück, weil es seinem „sachlichen Gehalt" nach eine selbständig anfechtbare Entscheidung sei und aus diesem Grunde beim Erlaß hätte angefochten werden können und müssen. Jetzt sei sie rechtskräftig geworden.

Dieser beim Reichsgericht auf Billigkeitserwägungen beruhende, parteifreundliche „Sowohl-als auch-Standpunkt" hat noch keinen Eingang gefunden in die Behandlung von Versäumnis- und kontradiktorischen Urteilen. Hier vertritt das Reichsgericht starr den Standpunkt, daß es für die Rechtsmittelgewährung darauf ankomme, ob der Fall der Versäumnis vorgelegen habe. Auf die Partei wird keine Rücksicht genommen. Sie soll das formelle Recht besser kennen als der Vorderrichter. Ja, selbst wenn die Gegenpartei nicht einmal von ihrem Rechte, ein Versäumnisurteil zu beantragen, Gebrauch gemacht hat, gilt das erlassene Urteil als Versäumnisurteil. Die formelle Rechtslage ist seit Erlaß der VO. über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. II. 1924 noch verwickelter geworden, da nach § 331 a ZPO. beim Ausbleiben einer Partei auf Antrag des Gegners statt eines Versäumnisurteils ein „Urteil nach Lage der Akten" ergehen kann, das mit den ordentlichen Rechtsmitteln des kontradiktorischen Urteils anfechtbar ist. Hier können bei fehlerhaftem Verfahren leicht Verwechslungen vorkommen. Die Partei müßte dann unabhängig von der Meinung des Vorderrichters entscheiden, welcher rechtliche Charakter dem Richterspruch zukommt. Diese Fälle sind deshalb besonders praktisch, weil die Anfechtungsfristen für Versäumnisurteile und kontradiktorische Urteile verschieden sind und u. U. für die Partei recht fühlbare Zwangsvollstreckungsfolgen geschaffen werden, ehe das Urteil

„nach dem Gesetz" rechtskräftig werden dürfte. Bei dieser unsicheren Rechtsprechung kann man der Partei nur raten, *gleichzeitig* jedes möglicherweise in Frage kommende Rechtsmittel einzulegen [64]). Das ist natürlich ein unerträglicher Rechtszustand. —

Das Reichsgericht gibt für seine Theorien keine dogmatische Begründung. Die Behandlung des Problems in den Lehrbüchern und Kommentaren des Zivilprozeßrechts [65]) ist sehr ungleich. Im allgemeinen beschränken sich diese Werke darauf, den Rechtszustand zu schildern, ohne auch nur den geringsten Ansatzpunkt einer dogmatischen Behandlung aufzuzeigen. Zuweilen nehmen sie vom Standpunkt der Billigkeit aus Stellung. Dann gehen sie über die oben gegebenen allgemeinen Bemerkungen nicht hinaus. Mit Anerkennung mag der Kommentar von Stein-Jonas (bes. 12./13. Aufl.) hervorgehoben werden, der zu dieser Frage, soweit es die Aufgabe eines Kommentars gestattet, Stellung nimmt und zu dem „Sowohl-als auch-Standpunkt" gelangt. Auch die früheren Ausgaben des Kommentars (von Gaupp-Stein) enthalten in gewissem Umfange kritische Ausführungen, die im weiteren Verlauf unserer Arbeit noch Erwähnung und Verwendung finden werden.

64) So: RG. 30, 399; RG. in Warn. Rechtspr. 1925 S. 70.

65) a) Lehrbücher:
Hellwig, Lehrbuch II S. 164 ff. Hellwig, System I S. 490 ff., 494, 763 ff., 838. Weismann, Lehrbuch I S. 216 ff., S. 423 ff. Richard Schmidt, Lehrbuch S. 777 ff., 779. Planck, J. W., Lehrbuch I, S. 482 ff., II, S. 436, 467. Rosenberg, Lehrbuch S. 421 ff., 424. Stein, Grundriß S. 312 ff., 315. Kleinfeller, Lehrbuch S. 494 ff. Gerland, Lehrbuch S. 393. Heilfron-Pick, Bd. I S. 676 ff., Bd. II S. 10, 17, 28/30.

b) Kommentare:
Stein, 8./9. Aufl. § 303 IV, vor § 578. Stein Jonas, 12./13. Aufl. Anm. zu §§ 275, 301, 303, 304, von 511. Förster-Kann, Bd. 1 § 99 Anm. 2 a, § 275 Anm. 4 c, § 301 Anm. 4, Anm. 8, §304, § 338 Anm. 1; Bd. II § 511 Anm. 6, § 535 Anm. 2, § 554 Anm. 5 b, § 554 a. Anm. 3 aa. Petersen, Vorbem. zum 3. Buch: Rechtsm. Anm. 5, § 275 Anm. 4, § 304 Anm. 3 und 4, § 338 Anm. 3, § 462 Anm. 2, § 511 Anm. 2. Seuffert, Bd. I § 304 Anm. 3 Abs. 3, Bd. II § 922 Anm. 1, I. Abs. 3 a. E. Struckmann-Koch, § 304 Anm. 3, § 512 Anm. 4. Skonietzki-Gelpcke, (gute Zusammenstellung der Entscheidungsgrundsätze): § 275 Anm. 11 und 12, § 301 Anm. 7, lit. a, § 303 Anm. 5, § 304 Anm. 5, § 318 Anm. 1 und 3, Vorbem. zu § 330, § 341 Anm. 1; § 511 Anm. 3. Neukamp, § 275 Anm. 3 d, § 301 Anm. 1 a, § 304 Anm. 5 d, § 511 Anm. 1 b. Reincke, §§ 303, 304 Anm. II, 1 b Abs. 3, §§ 511—13 Anm. II 1 a Abs. 2. Sydow-Busch, Anm. 1 vor § 300. Freudenthal- Sauerländer, § 511 Anm. 5 c.

II. Hauptteil.

Die Lösungsversuche und ihre kritische Würdigung.

Wir haben im ersten Hauptteil an der Hand der Rechtsprechung die praktische Seite des Problems kennengelernt und gewürdigt, im zweiten Hauptteil werden wir die theoretischen Schwierigkeiten kennenlernen, die diese Frage bereitet. Es gibt bisher fünf Arbeiten, die das Problem vom dogmatischen Standpunkt aus betrachten. Da sie bisher noch nirgends kritisch besprochen sind, mögen sie hier eingehend dargestellt und kritisch gewürdigt werden. Trotz unserer Ablehnung der Lösungsversuche werden dabei fruchtbare Gedanken und Erfahrungen gesammelt werden. Aus den Fehlern anderer werden wir selbst am meisten lernen.

a) Von der Rechtsprechung des Reichsgerichts ausgehend, die wir oben mit dem Stichwort „Sowohl-als auch-Theorie" gekennzeichnet haben, wirft Werner[1]) die Frage auf: Weshalb kann der Richter, wenn er der Partei durch irrige Rechtsanwendung eine Instanz eröffnen kann, nicht auch eine Instanz verschließen?

Der Richter könne doch im materiellen wie im formellen Recht durch seine Entscheidung nur Rechte anerkennen, aber keine neuen Rechte schaffen, wenn das Gesetz es nicht ausdrücklich gestatte. Den Einwand, daß bei unanfechtbar gewordenen Urteilen durch den Richterspruch für die obsiegende Partei u. U. doch auch neue Forderungsrechte geschaffen würden, entkräftet Werner mit dem Hinweis auf den im Institut der materiellen Rechtskraft als gesetzliche Einrichtung verkörperten Willen der Allgemeinheit. Der richterliche Wille müsse daher unmaßgeblich sein, solange er nicht durch die materielle Rechtskraft, d. h. durch den Willen der Allgemeinheit gedeckt werde.

Werner löst den Widerspruch zwischen diesem Grundsatz und dem der „Sowohl-als auch-Theorie" so: Jede richterliche Entscheidung habe im Prozeß eine doppelte Wirkung. Sie gestalte in bestimmter Weise sowohl die materielle Rechtslage wie die Prozeßlage. Der richterliche Wille sei lediglich deshalb, weil er nicht für maßgebend erklärt werde, nicht ohne weiteres als

1) Werner: Die irrtümliche Bezeichnung einer Entscheidung, in: Gruchots Beitr. 45. Jahrgang (1901) S. 585.

garnicht vorhanden anzusehen. Es bleibe vielmehr den Parteien überlassen, die ihnen nicht genehme Rechts- und Prozeßlage zu beseitigen. Wende man nun diesen Grundsatz, daß der richterliche Wille auf die Gestaltung der materiellen und der Prozeßlage einflußlos bleiben soll, auf die Fälle an, in denen der Richter eine Entscheidung auf Grund von § 303 ZPO. erlassen wollte, während in Wahrheit ein Urteil aus § 304 ZPO. vorliegt, so müsse das Rechtsmittel gegeben sein. Aber auch wenn der Richter ein Urteil aus § 304 ZPO. erlassen *wollte,* während bei richtiger Anwendung des Gesetzes nur ein Urteil nach § 303 ZPO. ergehen durfte, müsse das Rechtsmittel gegeben sein, um die vom Gesetz nicht gebilligte prozessuale Lage (eines anfechtbaren und deshalb selbständig der Rechtskraft fähigen Zwischenurteils) durch Aufhebung zu beseitigen. Denn der richterliche Wille könne die Nachprüfung der *sachlichen Entscheidung* niemals herbeiführen oder verhindern. Nur der Inhalt sei für die Gewährung von Rechtsmitteln maßgebend. Nach der Zivilprozeßordnung diene das Rechtsmittel aber nicht nur dazu, die Streitsache zur Nachprüfung in die nächste Instanz überzuleiten, sondern es bilde zugleich das einzige Mittel, um eine zu Unrecht geschaffene Prozeßlage zu beseitigen. Zu diesem letzten Zwecke müsse es jederzeit gegeben sein. —

Von den gesamten Ausführungen Werners ist richtig und beachtlich, daß jede richterliche Entscheidung die materielle Rechtslage und die Prozeßlage in bestimmter Weise „gestaltet", wenn man darunter die Tätigkeit der richterlichen Subsumtion versteht. Im übrigen stellen sie nur eine petitio principii dar: Die Behauptung, daß jederzeit ein Rechtsmittel gegeben sein müsse, um eine zu Unrecht herbeigeführte Prozeßlage zu beseitigen, findet weder im Wortlaut des Gesetzes eine Stütze noch ist ihre Richtigkeit sonst bewiesen worden. *Die scheinbare Lösung ist nur eine andere Formulierung des Problems.*

Skonietzki*) weist den Vorwurf Werners zurück, daß das Reichsgericht in dieser Frage widerspruchsvoll entscheide und seine Urteile widerspruchsvoll begründe. Er will den „angeblichen" Widerspruch durch Dialektik auflösen: Begriffliche Voraussetzung für den Beginn der Tätigkeit des höheren Richters sei die Beendigung der Tätigkeit des Vorderrichters. Diese liege sowohl dann vor, wenn alle von den Parteien vorgebrachten Streitpunkte durch eine sachliche Entscheidung erledigt seien, das Verfahren also entgegen der unmaßgeblichen Auffassung des

*) Skonietzki: Beitr. z. Erl. d. bürgerl. Rechts (Gruchots Beitr.) 45. Jahrg. S. 591 ff.

erkennenden Richters objektiv zum Abschluß gebracht sei, als auch dann, wenn die Entscheidung noch unerledigte Streitpunkte übrig gelassen habe, der Richter aber irrigerweise glaube, durch sein Urteil den Prozeßstoff — sei es in seiner Totalität oder in einer bestimmten, vom Gesetz für die Eröffnung des Rechtsmittelzuges zugelassenen Begrenzung — erschöpfend geregelt zu haben. Im letzteren Falle spiele der Wille des Richters insofern eine ausschlaggebende Rolle, als er einen Ersatz für das fehlende objektive Moment — den wirklichen Abschluß des Instanzverfahrens — bilde. Beide Fälle ständen im Verhältnis der begrifflichen Gegensätzlichkeit. Damit lösten sich die angeblichen Widersprüche in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. —

Es braucht wohl kaum hervorgehoben zu werden, daß durch diese neue Formulierung das Problem in keiner Weise der Lösung näher gebracht ist. Die Frage bleibt offen: Weshalb ist die irrige Meinung und der Wille des Richters für die Rechtsmittelgewährung von Bedeutung? Das *Gesetz* spricht zunächst nur von den Begriffen in abstracto, nicht von deren rechtsirrtümlichen Anwendung.

b) Die Arbeit Koeßlers[2]) über „Fehlerhaft bestimmte Entscheidungen" will die Frage beantworten, ob die Entscheidung des Prozeßgerichts nach ihrem sachlichen Gehalt oder nach ihrer äußeren Erscheinung zu beurteilen sei. Als angeblich unstreitige Tatsache wird vorweggenommen, daß eine flüchtige irrige Bezeichnung, der Gebrauch eines falschen Formulars, die gelegentliche Anführung einer unzutreffenden Gesetzesvorschrift und ähnliche Unzulänglichkeiten, deren Bedeutungslosigkeit auch den Parteien nicht entgehen könnte, für die Anfechtbarkeit und den Rechtsbehelf ohne Belang seien. Er teilt sodann die in Frage kommenden Fälle in vier Gruppen ein, in die sich angeblich alle vorkommenden „Ordnungswidrigkeiten" einreihen lassen. Sie mögen hier wiedergegeben werden. Gerade aus ihrer willkürlichen Systematisierung werden wir die Einheitlichkeit der gesamten Fälle erkennen.

Erste Gruppe: Die sachliche Entschließung (d. h. der entscheidende Teil des Dekrets) stehe mit der Erklärung der Form (der äußeren Erscheinung) in Widerspruch; z. B. ein Urteil sei als Beschluß, ein Beschluß als Urteil erlassen. — Unsere Frage habe nichts mit der „Rechtsnatur" zu schaffen, die sich nach dem „objektiven Gehalt" richte. Das Urteil sei nun einmal nicht als Urteil, sondern als Beschluß ergangen. Diese Unregelmäßigkeit, die auf der Ueberlegung und dem Willen des Richters beruhe,

2) Koeßler in: ZfdZp. (Buschs Zeitschr.) Bd. 48 S. 174 ff.

ergreife dessen gesamtes Werk, ohne es jedoch in seinem inneren Wesen zu treffen. Dieses eigenartige Gebilde lasse sich in keine der sonstigen Prozeßfiguren einordnen und bedürfe daher einer besonderen Behandlung. Es bestehe keine begriffliche Notwendigkeit, gerade das gegen die sachliche Entschließung gegebene Rechtsmittel für zulässig zu erklären. Da nur die Ordnungswidrigkeit beseitigt und durch das Instanzgericht auf Anweisung des Rechtsmittelgerichts eine inhaltlich gleiche Entscheidung in der richtigen Form gegeben werden solle. Aus der *praktischen Erwägung* heraus, daß aus dem Versehen des Gerichts der Partei ein Schaden keinesfalls erwachsen dürfe, sei der Partei das Rechtsmittel zuzugestehen, auf das sie durch die Form des Richterspruchs hingewiesen worden sei. Koeßler fügt hinzu: das sei wohl auch der Wille des Gesetzes. Das bei richtigem Verfahren gegebene Rechtsmittel schließt er aus, da die gleichzeitige Gewährung zweier Rechtsbehelfe mit den Grundsätzen unseres Prozeßrechts unvereinbar sei.

Zweite Gruppe: Die *Form* stehe im Widerspruch zur *Begründung* der sachlichen Entschließung, m. a. W. die Form entspreche nicht der dem Sach- und Streitstand entnommenen Begründung; z. B.: ein Urteil, das „in Wirklichkeit" ein Versäumnisurteil ist, sei als kontradiktorisches erlassen. *Mit Rücksicht auf die Partei,* die bei der Wahl des Rechtsmittels kein Verschulden treffe, sei hier das Rechtsmittel zuzulassen, das der tatsächlichen *Form* der Entscheidung entspreche.

Dritte Gruppe: Die *sachliche Entschließung* stehe im Widerspruch (nicht mit der Form, aber) mit der *Auffassung des Gerichts* über ihre prozeßrechtliche Wesensart; z. B.: eine Entscheidung sei als Zwischenurteil nach § 303 ZPO. erlassen, obwohl sie als Teilurteil nach § 301 ZPO. oder als Zwischenurteil nach § 304 ZPO. hätte ergehen sollen. Auch hier wird von Koeßler *die Schutzbedürftigkeit der Partei* hervorgehoben und für die Anfechtbarkeit und den zulässigen Rechtsbehelf die *kundgegebene prozeßrechtliche Wesensart* für bestimmend erklärt. Die Weiterbehandlung solle nach den auch für die erste Gruppe gegebenen Anweisungen geschehen, also die Entscheidung aufgehoben und an den Instanzrichter zurückverwiesen werden, der eine inhaltlich gleiche Entscheidung in der richtigen Prozeßform erlassen solle. Von diesem Standpunkt aus schließt Koeßler — im Gegensatz zum Reichsgericht — die selbständige Anfechtbarkeit eines Urteils aus, das nach § 303 ZPO. erlassen ist, aber sachlich auf § 304 ZPO. beruht. Er läßt dieses Zwischenurteil zusammen mit dem

Endurteil anfechten, während das Reichsgericht dieses Rechtsmittel zurückweist, weil das Zwischenurteil als Urteil nach § 304 ZPO. zu gelten habe und inzwischen die Rechtskraft beschritten habe[3]).

Vierte Gruppe: Die *sachliche Entschließung* sei *fehlerhaft*. Es bestehe ein Widerspruch zwischen dem Tatbestand und der daraus abgeleiteten sachlichen Entschließung, aber auch zwischen der wirklich vorhandenen und der vermeintlichen Entscheidung, zu deren Vorstellung der Sach- und Streitstand Anlaß gebe; z. B.: ein Teilurteil nach § 301 oder Zwischenurteil nach § 304 ZPO. sei erlassen, aber nur ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. durfte ergehen. Wieder wird *im Interesse der Partei* das Rechtsmittel zugelassen, das der wirklich vorhandenen Entscheidung entspricht. Da aber die sachliche Entschließung prozeßordnungswidrig sei, sei das Urteil gänzlich aufzuheben und die Sache in die Instanz zurückzuverweisen. Die Zulassung des Rechtsmittels wird aber hier nicht wie vom Reichsgericht mit dem Hinweis auf den Willen des Gerichts begründet, denn „der Richter könne aus eigener Machtvollkommenheit nicht Rechte schaffen", sondern aus „ihrer *sachlichen Berechtigung*" geschlossen. Die Mängel, zu deren Beseitigung das Rechtsmittel dienen solle, seien in den vorliegenden Fällen nicht anderer Art, als daß sie nicht bei einem mit Berufung oder Revision anfechtbarem Urteil den Gebrauch des Rechtsmittels rechtfertigten. —

In einer allgemeinen Bemerkung sagt Koeßler, man möge bei der Behandlung dieser Frage weniger mit dem „Willen des Gerichts" arbeiten, sondern sich mehr an die Tatsachen halten und fragen, welche Stellung die Partei gegenüber diesen Tatsachen einzunehmen habe. Dem richterlichen Willen komme keine eigene Geltung zu, er könne nur in zweifelhaften Fällen zur „Deutung des sachlichen Befundes" herangezogen werden. —

Koeßler ist zu *entgegnen:* Billigkeitserwägungen können kein Recht schaffen. Koeßler hat darauf verzichtet, für seine praktischen Lösungen, die im allgemeinen zu billigen sind, irgend eine haltbare dogmatische Grundlegung zu geben. Wenn er die Zulässigkeit der Rechtsmittel mit ihrer „sachlichen Berechtigung" begründen will, so kann darin ein tieferer entwicklungsfähiger Gedanke stecken, nämlich der Begriff der „Idee des Rechtsmittels". Es ist aber auch möglich, daß Koeßler damit nur eine praktische Forderung umschreiben will. Der Wert seiner Grup-

---

3) RG. 39, 389 = JW. 97, 231 Nr. 16.

pierung ist nicht zu erkennen, da Koeßler in *allen* Fällen für die Rechtsmittelgewährung die tatsächlich erlassenen Entscheidungen so, wie sie der Richter gewollt hat und die Partei sie auffassen muß, für maßgebend erachtet. Die Ablehnung zweier gleichzeitig zu gewährender Rechtsmittel ist nicht zwingend begründet. — Seine unrichtige Auffassung der rechtlichen Natur des Richterspruchs, den er in einen „richterlichen Willen" und den davon verschiedenen „sachlichen Befund" zerlegt, soll später im Zusammenhang bei der Besprechung der Wurzer'schen Arbeit widerlegt werden.

Das Verdienst Koeßlers besteht darin, das *Schutzinteresse* der Partei deutlich hervorgehoben zu haben.

c) Kracht[4]) bietet in seiner Abhandlung wesentlich mehr, als die Ueberschrift vermuten läßt. Er begnügt sich nicht mit einer Darstellung und Kritik der Rechtsprechung des Reichsgerichts, sondern unternimmt es, das Problem selbständig vom praktischen und theoretischen Gesichtspunkt aus zu behandeln. Man wird seinen Ausführungen z. T. folgen können, man wird bei ihm einer vertieften Auffassung der Frage begegnen, aber man wird vom Endergebnis in dogmatischer wie praktischer Hinsicht unbefriedigt sein.

Kracht gelangt im Laufe seiner Arbeit zu einer Zweiteilung der problematischen Fälle: Es gebe für den Richter zwei *Entscheidungskategorien,* die sich in ihren Formen scharf unterscheiden: das Urteil und der Beschluß. Liege die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung darin, daß statt eines Beschlusses ein Urteil (oder statt eines Urteils ein Beschluß) ergangen sei, dann ständen Entscheidungen „ungleicher Kategorien" im Widerspruch und im Wettbewerb um die Rechtsmittelgewährung. Hätte dagegen statt eines Zwischenurteils nach § 303 ZPO. ein solches nach § 304 ZPO. oder statt eines Versäumnisurteils ein kontradiktorisches Urteil erlassen werden müssen, dann konkurrierten Entscheidungen der „gleichen (Urteils-)kategorie". Der Grund der Unterscheidung und der verschiedenen Behandlung beruht, wie später ausgeführt werden wird, in einer praktischen Erwägung.

Ausgehend von den Widersprüchen in der Rechtsprechung stellt er diese Frage: Ist für die Einlegung eines Rechtsmittels maßgebend die Entscheidung, wie sie formell unrichtig vorliegt oder wie sie gesetzlich richtig hätte vorliegen müssen? Er

4) Kracht: Formell unrichtige Entscheidungen in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht, 7. Jahrg. S. 381 ff.

beantwortet sie mit einer Zulassung *des* Rechtsmittels, das der tatsächlich vorliegenden fehlerhaften Entscheidung entspricht. *Billigkeitsgründe* und die *„innere sachliche Logik"* des Rechtsmittelsystems sollen die Richtigkeit seines Standpunkts beweisen.

Es sei unbillig, der Partei bessere Rechtskenntnis zuzumuten, als sie der die Entscheidung erlassende Instanzrichter gehabt habe. Dabei sei besonders an die Fälle zu denken, die — wie die reichsgerichtliche Judikatur beweise — außerordentlich zweifelhaft und umstritten und die selbst vom zweiten Instanzgericht falsch behandelt worden seien. Wer wolle auch das „an sich" gegebene Rechtsmittel mit Sicherheit feststellen und bestimmen, ob ein anfechtbares oder nicht anfechtbares, ob Teil- oder Endurteil hätte ergehen müssen, wenn der Vorderrichter den Prozeß in ganz falsche Bahnen gelenkt habe? Könne man die Entscheidung wirklich abhängig machen von einer für die Partei gänzlich unvorhersehbaren Beurteilung des höheren Gerichts, das seinen Spruch wegen der verschiedenen möglichen Rechtsauffassungen vielleicht nur mit knapper Mehrheit des Kollegiums fälle?

Jetzt folgen beachtliche Ausführungen Krachts: Die Schaffung der verschiedenen Rechtsmittel durch die Zivilprozeßordnung beruhe auf dem Gedanken, daß die Anfechtbarkeit sich nach der generellen, hypothetischen Wichtigkeit der Entscheidungsart richte. Der Instanzenzug sei aber nicht ein für alle Mal gewissermaßen in abstracto festgelegt. Nicht eine „abstrakte" Anwendung des Rechtsmittelprinzips sei durch das Gesetz gefordert, sondern die „innere sachliche Logik des Rechtsmittelsystems sei auf den einzelnen Fall zu projizieren und in concreto zu verwirklichen". Wenn also der Richter ein nach der Zivilprozeßordnung mit der Berufung anfechtbares Urteil erlassen habe, mögen auch die gesetzlichen Voraussetzungen hierzu gefehlt haben, dann müsse die Berufung statthaft sein, um diese vom Gesetz generell als wichtig und als solche anfechtbar erachtete Entscheidung dem Gesetz entsprechend zu behandeln. Der *innere Grund,* der das Gesetz veranlasse, die Berufung gegenüber einer solchen Entscheidung zuzulassen, bleibe bestehen, auch wenn sie nicht hätte ergehen sollen. Sie sei eben ergangen und nur durch Rechtsmittel aus der Welt zu schaffen. Die Prozeßlogik könne erst in der konkreten Entscheidung fruchtbar werden.

Bis hierher kann man m. E. Kracht folgen. Es fehlt zwar noch die organische Einordnung des Grundsatzes von der „konkreten Anwendung der inneren sachlichen Logik eines Rechtsinstituts" in die Systematik und Dogmatik des Prozeßrechts und damit der Beweis für seine Richtigkeit. Aber das Problem ist

doch schon wesentlich schärfer erfaßt, als von den oben besprochenen wissenschaftlichen Arbeiten.

Mit dem gewonnenen generellen Satz, daß stets die „tatsächlich erlassene Entscheidung" für die Anfechtbarkeit maßgebend sei, begnügt sich Kracht nicht. Er konstruiert den Unterschied zwischen den Entscheidungen „gleicher" und „ungleicher" Kategorien. Die Rechtsmittel knüpfen bei Kracht an die äußere prozessuale *Form* an und erst innerhalb der gleichen Kategorie von Formen taucht für ihn die Frage nach dem *sachlichen Inhalt* der Entscheidung auf. Die Form sei ein wichtiges technisches Hilfsmittel der prozessualen Systematik. Eine Entscheidung in Beschlußform sei vom prozessualen Standpunkt aus etwas wesentlich anderes als eine Entscheidung in Urteilsform.

Gegen diese Auffassung mag hervorgehoben werden, daß *beide* Entscheidungsarten in erster Linie richterliche Willenserklärungen enthalten und daß der richterliche Irrtum ebenso die einzelnen Merkmale der Urteils- wie der Beschluß*form* ergreifen kann, sodaß sich „fehlerhafte Urteile" von „fehlerhaften Beschlüssen" äußerlich kaum unterscheiden. Die in §313 ZPO. aufgestellten *Urteils*erfordernisse sind schon bei den Versäumnis- und den Anerkenntnisurteilen eingeschränkt (§ 313 Abs. 3 ZPO.). Außerdem kann ein Beschluß ebenfalls wie ein Urteil abgefaßt sein, also aus Formel, Tatbestand und Gründen bestehen, ohne deshalb zu einem Urteil zu werden, wenn nur der entscheidende Richter sonst seinen Willen, einen Beschluß erlassen zu wollen, in ausreichend klarer und erkennbarer Weise zum Ausdruck gebracht hat. —

Aber Kracht übernimmt das unglückselige Erbe des Streits um die Richtigkeit der „subjektiven" oder „objektiven" Theorie. Scharfe Definitionen des „richterlichen Willens" und „sachlichen Gehalts" werden allerdings nicht gegeben. Er lehnt die „subjektive Theorie" aus praktischen Gründen ab: es beständen unüberwindbare Schwierigkeiten bei der Ermittlung des richterlichen Willens, wenn er nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck gekommen sei. Das zeige die Judikatur des Reichsgerichts zur Genüge. Endlich führe sie bei folgerichtiger Anwendung zu völliger richterlicher Willkür: Man müsse ein Urteil, das nach seinem *sachlichen Inhalt* sich als ein mit der Berufung anfechtbares Zwischenurteil darstelle, für selbständig unangreifbar erklären, wenn es der Richter klar und unzweideutig als ein auf Grund von § 303 ZPO. erlassenes Urteil hinstelle. Die „Willenstheorie" sei übrigens dann schon aufgegeben, wenn man — um die eben erwähnten Folgen zu umgehen — die Richtung des

Willens nicht bezüglich der rechtlichen *Unterstellung,* sondern nur bezüglich des *sachlichen Gehalts* der Entscheidung maßgebend sein lasse. Denn daß der Richter auch den sachlichen Inhalt seiner Entscheidung gewollt habe, sei selbstverständlich. Mit dieser Feststellung könne man einer sich auf den Willen des Gerichts aufbauenden Theorie keine selbständige Geltung verschaffen. Dem Einwand, der Richter habe doch auch die als entscheidend erachtete Form gewollt und an sie müsse angeknüpft werden, setzt Kracht kein sachliches Argument entgegen. Er wiederholt nur seinen Lehrsatz: Nicht der Wille, sondern die objektive Sachlage, die Tatsache der Urteilsform sei das Entscheidende. Daß aber die „Tatsache der Urteilsform" eben doch auch nur das Ergebnis der Anwendung des abstrakten Gesetzes ist und daher im Irrtumsfalle nach denselben Grundsätzen behandelt werden muß, die er oben generell gewonnen hat, übersieht Kracht vollständig. Er hetzt die „Willenstheorie" zu Tode und hebt die „objektive Theorie" in den Sattel. Gleichwohl läßt er gegen ein Urteil, das nach dem *Willen des Richters* ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. ist, die Berufung zu, auch wenn es seinem „objektiven Inhalt" nach nur eine Entscheidung auf Grund von § 303 ZPO. ist. Das sei „eine Ausnahme". Er erspart es sich, sie irgendwie zu begründen. —

Als Ergebnis der Untersuchung stellt Kracht fest: „Für die Einlegung des Rechtsmittels sind stets die tatsächlichen, objektiv vorliegenden Verhältnisse maßgebend, d. h. also für die gleiche Kategorie von Entscheidungen der objektive sachliche Inhalt, für die verschiedenen Kategorien die gewählte Form der Entscheidung. Der Wille des entscheidenden Richters kommt nur insoweit in Betracht, als er sich mit der tatsächlichen Lage deckt: der Irrtum des Richters wird also anerkannt und als solcher gewertet. Es kann der Partei nicht zugemutet werden, einen angeblich „wahren Willen" künstlich zu erforschen oder gar bei der Einlegung des Rechtsmittels die Entscheidung des übergeordneten Gerichts vorauszuahnen." —

Die Kritik der Kracht'schen Arbeit soll sich zunächst darauf beschränken, ihre Unrichtigkeiten aufzudecken, richtige Gedankengänge hervorzuheben und die Ansatzpunkte für eine Fortentwicklung des Problems aufzuzeigen. Die dogmatische Widerlegung der Fehler soll bei der Begründung der eigenen Ansicht erfolgen.

Es ist bereits ausgesprochen worden, daß Krachts Deduktionen — unter dem Vorbehalt dogmatischer Begründung — einen

Entwicklung verheißenden Anfang nahmen und von uns soweit gebilligt worden sind, als sie zu dem Satze gelangen: Die Rechtsmittel knüpfen an die tatsächlich ergangene Entscheidung an. Hier hätte eine Untersuchung einsetzen müssen über den Begriff einer richterlichen Entscheidung, über die Behandlung fehlerhafter Staatsakte im allgemeinen und über die Bedeutung des richterlichen Irrtums im besonderen. Dann hätte Kracht eine richterliche Willenserklärung für die praktische Behandlung im Rechtsleben nicht in einen „erklärten Willen" und einen dem widersprechenden „sachlichen Inhalt der Erklärung" zerlegt. Er hätte beachten sollen, daß es zunächst nicht Sache des Richters, sondern Aufgabe der Partei ist, zu entscheiden, „welcher Art von Urteilen die fragliche Entscheidung zuzurechnen sei". Er hätte erkannt, daß es zwischen den fehlerhaften Fällen gleicher und ungleicher Kategorie keinen begrifflichen Unterschied gibt.

So hat Kracht schließlich im weiteren Verlauf der Untersuchung seine mit so viel Scharfsinn herausgearbeitete Betrachtungsweise mit der Methode vertauscht, die er vorher mit Geschick bekämpfte. Er hat von einer „Ausnahme"-Behandlung des zu Unrecht nach § 304 ZPO.charakterisierten Urteils gesprochen, obwohl gerade dieser Fall ein Musterbeispiel sein konnte für seine im Anfang gewonnene Betrachtungsweise, die „die sachliche prozessuale Logik des Rechtsmittelsystems in concreto fruchtbar gestalten will". So mußte er schließlich zu sich widersprechenden Ergebnisse gelangen.

Er führt im Anfang aus: das Rechtsmittel sei zulässig, das der tatsächlichen Entscheidung entspreche und sagt damit implicite: der durch eine erneute juristische Würdigung herauszufindende „sachliche Inhalt" der Entscheidung sei unmaßgeblich, denn er wird schwerlich der Ansicht sein, daß die bloße Form den objektiven „sachlichen Inhalt" einer Entscheidung verändere. Konkreter: wenn der Richter einen bestimmten materiellen Rechtsausspruch, der nach dem Gesetz durch ein Endurteil oder ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. geschehen mußte, durch einen Beschluß kundtut, dann soll das Rechtsmittel an die, wenn auch irrtümliche Meinung des Richters anknüpfen. Der Richter irre zwar über die tatsächliche rechtliche Lage: er glaube eine Entscheidung zu fällen, die in Beschlußform ergehen müsse, aber sein Irrtum sei unbeachtlich.

Dagegen hat Kracht in dem zusammenfassenden Ergebnis seiner Untersuchung behauptet: Für die gleiche Kategorie von Entscheidungen sei der „objektive sachliche Gehalt" maßgebend.

Der Irrtum des Richters müsse anerkannt und als solcher gewertet werden.

Kracht hat andererseits auch nicht versucht, seine „objektive" Methode dogmatisch zu begründen. Seine Ausführungen über die Bedeutung der prozessualen Form sind, wie wir oben sahen, vom begrifflichen Standpunkt aus nicht haltbar.

Schließlich sind gegen seine Lösung dieselben Argumente der Billigkeit vorzubringen, mit denen er selbst im Anfang seiner Untersuchung zum Kampfe auszog: es können der Partei nicht mehr Rechtskenntnisse zugemutet werden, als sie der erste Richter besaß. Fordert die „reine Willenstheorie" von der Partei, den „wahren Willen" des Richters zu ergründen, so fordert Kracht mit seiner Theorie von ihr die Erforschung des „wahren sachlichen Gehalts". —

d) Ehe die umfassendste dogmatische Bearbeitung dieser Frage durch Wurzer dargestellt und kritisch betrachtet wird, soll hier die Arbeit von Levis[5]) behandelt werden. Sie hat mit den bisher besprochenen die induktive Methode gemeinsam, die von einer gebilligten Rechtsprechung des Reichsgerichts ausgeht und sie dogmatisch zu begründen sucht.

Levis geht von folgendem praktischen Fall aus[6]), der hier deshalb so ausführlich wiedergegeben wird, weil er gewissermaßen als „Probierfall" für die praktische Brauchbarkeit einer Theorie angesehen werden kann und von uns später zu diesem Zwecke herangezogen werden wird:

Im Eheverfahren verlangten beide Teile mit Klage und Widerklage die Scheidung der Ehe. Im Termin zur mündlichen Verhandlung blieb der Kläger aus. Durch „Versäumnisurteil" wies das Landgericht die Klage ab, gleichzeitig entsprach es durch „Streiturteil" dem Widerklagebegehren. Der Kläger verließ sich auf die (irrige) Bezeichnung und legte Einspruch ein. Das Landgericht unterzog daraufhin den gesamten Rechtsstoff, auch soweit er die Widerklage betraf, erneuter Beurteilung. Das Oberlandesgericht war dagegen der Ansicht, der Einspruch habe an dem nur der Berufung unterworfenen „Versäumnis- und Streiturteil" nichts ändern können. Im Gegensatz hierzu hat das Reichsgericht dem Einspruch die Kraft zuerkannt, den ganzen Streitstoff erneut

5) Levis: Die Anfechtung unrichtig bezeichneter Urteile, in: Jur. Rundschau, 1. Jahrg. 1925 Bd. 1: Aufsätze, S. 990 ff.

6) RG. IV Ziv. Senat v. 29. I. 1925, abgedruckt im Recht 1925 Nr. 1017 und in Jur. Rundschau 1925, Beil. 1169; vergl. auch RG. 110 (138).

der gerichtlichen Beurteilung zu unterbreiten. In der Begründung wird ausgeführt: „Das ordnungsmäßige Rechtsmittel gegen ein Urteil der hier in Rede stehenden Art sei die Berufung. Der Senat glaube aber, in weiterer Entwicklung der bisherigen Rechtsprechung über die Wirkung des Erfordernisses einheitlicher Verhandlung und Entscheidung in Ehesachen zulassen zu müssen, daß gegenüber einem solchen „zwiespältigen" Urteil auch dem Einspruch eine Wirkung beigemessen werde, die über den als Versäumnisurteil gemeinten Teil des Urteils hinausgreife und nicht nur diesen Teil des Rechtsstreits, sondern auch den streitig verhandelten Teil in die Lage zurückversetze, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumnis befunden habe. Es müsse hier der Grundsatz Anwendung finden, den die Rechtsprechung zu §§ 303, 304 ZPO. entwickelt habe: Die Partei dürfe nicht dadurch Nachteile in ihren Rechten erleiden, daß sie durch ein unrichtiges Verfahren des Gerichts in eine prozessual schwierige Lage versetzt werde . . ."

Levis formuliert diesen letzten Gedanken so: es stehe in der Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofs fest, daß ein vom Gericht unter „falscher Bezeichnung" erlassenes Urteil wirksam angefochten sei, wenn *der* Rechtsbehelf benutzt sei, der entsprechend der Urteilsbezeichnung nach dem Gesetze als der richtige erscheinen mußte. Er führt weiter aus: Wenn dieser Grundsatz auch zweifellos zwingenden Anforderungen der Billigkeit entspreche, so lasse er sich doch nicht mit der prozessualen Folgerichtigkeit vereinbaren. Man dürfe nicht vergessen, daß die falsche Bezeichnung durch das Instanzgericht den wahren Charakter eines Urteils nie ändern könne. Billigkeit und Prozeßlogik scheinen hiernach miteinander in unlöslichen Widerstreit zu treten.

Levis unternimmt es nun, nach seinen eigenen Worten, „durch eine freiere Rechtsauslegung diese beiden zunächst widerstrebenden Gesichtspunkte miteinander in angemessene Verbindung zu bringen". Er gesteht zu, etwas in das Gesetz hineinzulegen, was nicht mit ausdrücklichen Worten darin stehe, was aber durch Billigkeit und Prozeßlogik in ihrer Verbindung und durch die praktischen Ergebnisse gerechtfertigt werde.

Die *Billigkeit* verlange nur, daß die Partei die irrtümlich charakterisierte Entscheidung in den Formen bekämpfen dürfe, die nach dem Gesetz dieser Charakterisierung entsprechen. Die Partei habe aber kein Recht darauf, daß der Rechtsbehelf andere Wirkungen äußere als das bei richtiger Sachbehandlung an sich gegebene Rechtsmittel.

Dagegen seien vom Standpunkt der *Prozeßlogik* aus nicht die Einlegungs*formen* des Rechtsmittels, sondern die *Wirkung* und die Art, wie es *durchgeführt* werde, besonders wesentlich. Wenn nur hier nichts an dem vom Gesetz Vorgeschriebenen geändert werde, sei der vor allem zu stellenden Forderung der Prozeßlogik Genüge getan. Die Durchführung des Rechtsbehelfverfahrens müsse dann aber stets in der Art erfolgen, die von der „wahren Natur" des ergangenen Urteils verlangt werde.

In dem oben geschilderten Fall sei das „Versäumnis- und Streiturteil" in rechtlich beachtlicher Weise mit dem „Einspruch" angefochten. Er sei aber als „Berufung" weiterzubehandeln, weil sie das „richtige" Rechtsmittel sei. Der Erstinstanzrichter, auf dessen irrtümliche, aber maßgebende Erklärung hin der Einlegung des Einspruchs eine rechtliche Bedeutung zukommt, habe nur zu prüfen, ob der Einspruch frist- und formgerecht eingelegt ist und dann die Sache an das Landgericht abzugeben. Hierdurch allein werde eine befriedigende Lösung erzielt. Denn hätte in dem etwas abgeänderten obigen Fall das Landgericht Klage und Widerklage abgewiesen und darauf der Kläger Einspruch, die Widerklägerin aber Berufung eingelegt, dann wären nach der Ansicht des Reichsgerichts beide Rechtsbehelfe wirksam eingelegt und jeder nach den für ihn maßgebenden Grundsätzen selbständig durchzuführen: der Scheidungsstreit wäre gleichzeitig beim Landgericht und Oberlandesgericht zu behandeln — ein prozessual unmöglicher Zustand. —

Zu diesem Ergebnis führt in der Tat die folgerichtig durchgeführte „Sowohl-als auch-Theorie" des Reichsgerichts. Wir werden beim Aufbau unserer Lösung auf diesen Fall zu achten haben.

Als *Kernpunkt* der Levis'schen Arbeit ist seine Feststellung hervorzuheben, daß in unserer Frage Billigkeit und Prozeßlogik im Widerstreit zu liegen scheinen, daß also bei formaler Anwendung des Gesetzes das Rechtsgefühl gerecht und billig denkender Menschen verletzt werde. Die Lösung, die diesen Widerspruch aufheben und damit die Unbilligkeit beseitigen soll, gewinnt Levis, wie er sagt, durch eine „freiere Rechtsauslegung". Er schlägt damit einen methodisch richtigen Weg ein: ehe man von einer „Lücke im Gesetz" sprechen kann, muß der Weg der Auslegung beschritten werden.

Es ist nun ganz unmöglich, im Rahmen unserer Arbeit das *Problem der Rechtsauslegung*, das mit dem der Lückenausfüllung und der freien Rechtsfindung eng zusammenhängt und oft ver-

wechselt wird, auch nur in seinen wesentlichsten Grundzügen aufzurollen. Um unsere Arbeit nicht unübersichtlich werden zu lassen, empfiehlt es sich, nur die Ergebnisse einer Vorarbeit einzuführen. Es muß auf die Mitteilung der Ableitung und der Gründe verzichtet werden, die uns veranlassen, gerade *diesen* Standpunkt einzunehmen. Unsere Stellungnahme könnte in diesem Rahmen notgedrungen nur summarisch erfolgen und würde dann nur als Dilettantenarbeit erscheinen. Es muß genügen, zu betonen, daß unsere Ansicht sich im wesentlichen mit der Meinung anerkannter Schriftsteller[7]) deckt und daher genügend Autorität besitzt, um als wissenschaftlich gesichertes Ergebnis zu gelten. Sie läßt sich kurz dahin zusammenfassen: *Einen Rechtssatz auslegen, heißt den für das Rechtsleben, also auch für die richterliche Entscheidung maßgebenden Sinn klarstellen.* Die Auslegung ist also keine Wort-, sondern eine Sinnesinterpretation. Dabei sind Wortlaut und Sprachgebrauch, historische und systematische Gründe in gleicher Weise zu berücksichtigen, endlich ist aber dem inneren Zweck der Bestimmung ein hervorragender Anteil an der Auslegung einzuräumen. Die teleologische Methode im Recht ist heute als die herrschende und richtige anzusehen[8]). Man braucht in unserem Falle nicht den extremen Vertretern der Interessenjurisprudenz und Freirechtsschule zu folgen, um zu praktisch brauchbaren Ergebnissen zu gelangen. Wir werden später eine systematisch am Zweck orientierte Betrachtungsweise einschlagen. Die Inbeziehungsetzung von Norm und Tatbestand im Akt der Rechtauslegung geschieht nicht durch einfache Unterordnung des Seins unter die Norm. Zunächst muß für jeden Fall der Rechtsauslegung der Rechtsbegriff festgestellt werden. Der Begriff ist an jene Zwecke gebunden, die eine Norm regelmäßig zu verwirklichen trachtet (Formung der Rechtsbegriffe nach den dem Gesetze immanenten Rechtsideen). Es wird also keine eigene schöpferische Zielsetzung des „Auslegenden", sondern Bindung an die in jedem Institut liegenden Zweckgedanken verlangt.

Diesen Weg hat auch Levis eingeschlagen. Um es nochmals hervorzuheben: Levis sieht den Zweck und Sinn der gesetzlichen Vorschriften über die Rechtsmittelgewährung darin, daß

7) Enneccerus, a. a. O. S. 106 ff.

8) Vgl. v. Hippel, a. a. O. S. 54 ff., insb. 62 ff.; Brütt, a. a. O. S. 43 ff., 57 ff.; Saleilles, a. a. O. S. 86 ff.; Leonhard, a. a. O. S. 9 ff.; Gmür, a. a. O. S. 40 ff.; Stammler: Theorie S. 610 ff.; Hein, a. a. O. S. 42, Anm. 68 u. a.

bestimmte, vom Gesetz generell für wichtig und anfechtungsbedürftig gehaltene Entscheidungsarten nach einem jeweils für sie bestimmt geordneten Rechtsmittelverfahren behandelt werden. Dabei ist die verschiedene rechtliche Wirkung und die verschiedene Art der Durchführung des Rechtsmittelverfahrens das Charakteristische und Wesentliche. Das soll durch die gesetzlichen Vorschriften erreicht werden. Die Art der Einlegung des Rechtsmittels, das Ingangsetzen des Rechtsmittelverfahrens tritt diesem Zweck gegenüber an Bedeutung zurück. Der Effekt der gesetzlichen Vorschriften ist erreicht, wenn eine Entscheidung nach dem ihrem „wahren Charakter" entsprechenden, vom Gesetz vorgesehenen Rechtsmittelverfahren behandelt wird. Der „unwesentliche formelle Teil" des Rechtsmittelverfahrens kann dann aber nach den Grundsätzen der Billigkeit geordnet werden.

Gegen diese Konstruktion läßt sich vom methodischen und theoretischen Gesichtspunkt aus nichts einwenden. Aber sie ist eben nur eine theoretische Lösung. Sie nimmt auf die Bedürfnisse der Praxis keine Rücksicht. Sie gleicht den Widerspruch zwischen Billigkeit und Prozeßlogik nicht in allen Fällen aus. Das Problem wird übrigens nur verschoben: Stand vorher die Partei vor der Frage, welche „wahre rechtliche Natur" eine Entscheidung habe, so hat sie jetzt der Richter zu lösen, bei dem der Rechtsbehelf formell eingelegt ist. Dabei ist der Begriff „wahre rechtliche Natur" immer im dogmatischen abstrakten Sinne gebraucht. Wieder ist dem richterlichen Irrtum ein Feld eröffnet, auf dem er sich auswirken kann. Wieder wird seinem Willen eine Kraft beigelegt, die der Partei u. U. eine Instanz verschließen kann. Levis stellt für die Anwendung seiner Theorie das notwendige Erfordernis auf, daß die Durchführung des Rechtsbehelfverfahrens sich stets nach der „wahren Natur" der Entscheidung richten müsse, wenn anders der Einlegung des unrichtigen Rechtsmittels überhaupt eine rechtliche Wirkung beigelegt werden soll. Wie ist nun die Rechtslage, wenn eine unrichtigerweise als Versäumnisurteil charakterisierte kontradiktorische Entscheidung eben wegen des richterlichen Hinweises mit dem Einspruch angefochten wird, und der Richter, der die Entscheidung erlassen hat, nach bestem Wissen und Gewissen an seiner unrichtigen Charakterisierung festhält und daher unterläßt, die Sache ans Berufungsgericht abzugeben? Soll dann die durch den eingelegten Einspruch herbeigeführte Prozeßlage nicht nur prozeßordnungswidrig sein, sondern das weitere Verfahren oder seine Entscheidungen ungültig, nichtig sein und soll die Gegenpartei sich darauf berufen können? Die

Prozeßlogik verlangt, daß dieser „Einspruch" als unzulässig verworfen wird, weil er nicht „nach der wahren Natur der Entscheidung als Berufung weiterbehandelt wird". Die Billigkeit widerstreitet dieser Lösung. Dieser Fall wird also durch die Levis'sche dialektische Synthese von Prozeßlogik und Billigkeit nicht mehr gedeckt.

Daß die Lösung uns nicht befriedigen kann, liegt daran, daß *wir* das Problem als ein spezifisch prozessuales auffassen, als ein Problem der Rechtsanwendung. Wir suchen nach einer praktischen Formel, die zugleich in jedem ihrer Anwendungsfälle von dem Sinn des abstrakten Gesetzes gebilligt wird. Zu einem solchen Ergebnis kann allerdings eine statische Betrachtungsweise des Problems nicht führen, wie wir an der Levis'schen Lösung gesehen haben.

c) Die umfassendste, in einen größeren rechtlichen Zusammenhang gestellte Bearbeitung unserer Frage bietet W u r z e r [9]).

Die Darstellung bereitet Schwierigkeiten. Einmal müssen seine Gedankengänge fortlaufend verfolgt werden, zum andern sollen auf diesem Wege unsere Gedanken eingeflochten werden, die die praktische Auswirkung seiner Theorie aufzeigen sollen, und schließlich sollen auch gleichzeitig logische und dogmatische Fehler gerügt und der Stoff dahin geformt werden, daß am Ende in der Hauptsache nur noch das Kernstück der Wurzer'schen Lehre kritisch zu betrachten übrig bleibt.

Wurzer unternimmt es, in das noch sehr umstrittene Gebiet des „Nichturteils und nichtigen Urteils" Klarheit zu bringen. Durch eine geschichtliche und dogmatische Betrachtung, durch Aufstellung einer scharfen Begriffsbestimmung des Urteils gelangt er zu dem Schluß, daß es *nur „Urteile" und „Nichturteile", aber keine „nichtigen Urteile" gibt.*

Dieser Ausgangs- und Zielpunkt Wurzers muß im Auge behalten werden.

Sein methodisches Rüstzeug zur Behandlung der „inkorrekten Entscheidungen" besteht aus zwei Kernstücken: Der *Grundsatz von der „begrenzten richterlichen Subsumtionsgewalt"* und sein *spezifischer Urteilsbegriff.* Diese Grundlagen und ihre dogmatischen Begründungen müssen genau dargestellt werden, da eine kritische Prüfung der Wurzer'schen Methode hier einzusetzen hat. Wir folgen Wurzer:

Das Urteil diene seiner Idee nach den Zwecken, die der Prozeß überhaupt verfolge: der Rechtsverwirklichung und der

9) Wurzer: Nichturteil und nichtiges Urteil S. 21—71.

Rechtsvergewisserung. Der Richter könne sich aber irren: der erstrebte Erfolg trete nicht ein, er habe nicht „Recht" sondern „Unrecht" gesprochen. Trotzdem sei ein gültiges „Urteil" vorhanden. Mit dem Eintritt der Rechtskraft werde das „Unrecht" zu „Recht". Diese in § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes näher umschriebene Macht sei die „richterliche Subsumtionsgewalt". Sie bewirke, daß der staatliche Akt, der auf richterlichem Irrtum beruhe, möge er sich in unrichtiger Tatsachenfeststellung oder unrichtiger rechtlicher Beurteilung ausgewirkt haben, mit dem Schein des Rechts umgeben werde und als „Recht" gelte, wenn er nicht durch Rechtsmittel angefochten und von einem Richter abgeändert werde. Die Staatsgewalt habe sich durch die Schaffung des Richteramtes und der „richterlichen Gewalt" freiwillig selbst beschränkt und sich des Rechtes begeben, in Fällen, wo offenbar „Unrecht" gesprochen sei, von sich aus einzugreifen und Abhilfe zu schaffen. Die Rechtsprechung unterliege nur der „Selbstbeaufsichtigung durch den Prozeß". Das Rechtsmittelsystem biete der sich beschwert fühlenden Partei das Mittel, sich gegen den richterlichen Machtspruch zu wehren. Diese besondere Regelung sei aber nur für die Rechtsgebilde vorgesehen, die sich mit Recht als „Urteile" bezeichnen. Nur die richterlichen Entscheidungen, die den Urteilsbegriff erfüllen, unterstehen dieser „Selbstbeaufsichtigung durch den Prozeß". Nur für das „Urteil" habe das Gesetz dem Richter seine Gewalt verliehen, weil sich an das Urteil in den Rechtsmitteln Gegenmittel gegen richterliche Fehler knüpfen. Erzeugnisse richterlicher Tätigkeit, die keine „Urteile" seien, stehen nicht unter diesem Schutz der Gesetze; m. a. W. dem Irrtum des Richters bei der Würdigung von Tatsachen und Rechtssätzen und der daraus folgenden falschen Rechtsfindung sei nur dann rechtliche Geltung und die Macht der Wahrheit verliehen, wenn der Richter seinen Spruch als „Urteil" fälle. Wurzer sagt: „Die Rechtsprechung des Richters ist subjektiv und wandelbar, aber jene Grenzen sind objektiv und unwandelbar, sie kann er durch seinen Irrtum nicht verrücken!"

Diese „unverrückbare Grenze" richterlicher Subsumtionsgewalt bilde der „Urteilsbegriff". Wurzer [10]) bestimmt ihn so: „Das Urteil ist die in einem Urteilsverfahren zwischen zwei Parteien ergangene, instanzbeendigende Entscheidung, die von einem mit Gerichtsbarkeit für die einzelne Sache ausgestatteten Gericht gefällt und in deutscher Sprache verkündet worden ist." Fehle

---

10) Wurzer, a. a. O. S. 182.

es an einem dieser Merkmale, dann liege kein „Urteil", sondern ein „Nichturteil" vor.

Hier interessiert vor allem die Gewinnung der beiden wichtigsten Begriffsmerkmale: des Urteilsverfahrens und der Instanzerledigung. Denn mit dieser Begriffsbestimmung glaubt Wurzer „des Heeres der inkorrekten Entscheidungen Herr werden zu können".

Das Begriffserfordernis des *„Urteilsverfahrens"*, das nach Wurzer durch eine „notwendige mündliche Verhandlung" und die „Urteilsform" gekennzeichnet ist, leitet er aus der gesetzlichen Regelung des Prozeßverfahrens ab. Aus den Bestimmungen der §§ 253 ff., 128 ff., 300 ZPO. ergebe sich, daß das Urteil *nur* auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen könne. Das sei der ordentliche Gang des Prozesses: an die Klagerhebung schließe sich eine notwendige mündliche Verhandlung an, die mit einem Urteil schließe, das entweder die Zuerkennung oder Aberkennung eines Anspruchs oder eine Prozeßabweisung des Klägers ausspreche und so den Prozeß beendige. Den Gegensatz zum Urteilsverfahren bilde das *Beschlußverfahren.* Es setze grundsätzlich keine notwendige mündliche Verhandlung voraus und beendige nicht den Rechtsstreit, sondern diene nur der Vorbereitung der Entscheidung. Der Beschluß sei die Form der richterlichen Willenserklärungen „mit prozessualem Inhalt und unter prozeßleitender Bedeutung". Die Fälle, in denen für das Beschlußverfahren eine notwendige mündliche Verhandlung vorgeschrieben sei(z. B. in §§ 320, 505 ff., 607, 700, 900 ZPO.), *seien Ausnahmen, die nur die Regel bestätigen* [11]). Diese Beschlüsse hätten „die Bedeutung von Urteilen". Da diese beiden Verfahrensarten sich sowohl in ihrem Inhalt wie in ihren Wirkungen (Verschiedenheit der Rechtsmittel) unterscheiden, könne ein Urteilsverfahren immer nur durch ein Urteil, und ein Beschlußverfahren immer nur durch einen Beschluß abgeschlossen werden. Ein Urteil, das nicht in einem Urteilsverfahren ergangen sei, sei daher ein *Nichturteil.*

Das Begriffsmerkmal der *„Instanzerledigung"* entwickelt Wurzer aus der Bestimmung des § 300 ZPO.: „Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurteil zu erlassen." Das Urteil sei also seiner *Idee* nach der Abschluß des Verfahrens. Es enthalte die Eröffnung des Richters, daß das von ihm als Recht Gefundene „Recht" sein soll, und daß

11) Wurzer a. a. O. S. 26 Anm. 1.

dies sein letztes Wort in diesem Streit sei. Zwar solle der Richter erst „urteilen", wenn der Prozeß bis zur Entscheidungsreife gediehen sei, d. h. wenn alle von den Parteien vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel gewürdigt seien. Aber das *Wesen* der Entscheidung werde dadurch nicht berührt, daß der Richter sie vorschnell fälle, wenn nur durch das Urteil „die mit der Anspruchserhebung des Klägers gestellte Frage nach seinem Rechte bejahend oder verneinend beantwortet werde". Sei diese Entscheidung noch nicht ausgesprochen, dann sei der Streit noch nicht beendigt, der ergangene Bescheid kein Endurteil. —

Unter dem Begriff des Urteils versteht also Wurzer zunächst nur das „Endurteil". Das Gesetz habe aber bestimmten gerichtlichen Entscheidungen, die ihrem sachlichen Inhalt nach keine „Urteile" seien, also die Instanz nicht beendigen, aber wegen ihrer Wichtigkeit mit einer notwendigen mündlichen Verhandlung und Anfechtungsmöglichkeit ausgestattet werden sollen, die „Urteilsnatur ausdrücklich verliehen" (so z. B. dem bedingten Endurteil, den Zwischenurteilen der §§ 275 und 304 ZPO. und den Vorbehaltsurteilen der §§ 302, 529, 540, 541, 599 ZPO.). Daß das Zwischenurteil nach § 303 ZPO. bei Wurzer keine Urteilsnatur hat, wird später nachgewiesen werden.

Man erkennt: Wurzer hat in seinem Urteilsbegriff, der vom Endurteil aus gebildet ist, die Zweckbestimmung des Urteils, die Streitbeendigung, mit aufgenommen. Diese zunächst als ein Akt der Willkür erscheinende Begriffsbildung will er logisch und dogmatisch so begründen: Es gelte der Satz „Operari sequitur esse: die Wirkungen eines jeden Dinges können nie etwas anderes als die Folge seiner Beschaffenheit sein; das Sein des Urteils bestehe in seinem Wirken". Man könne nicht einwenden, die Prozeßbeendigung sei keine Eigenschaft, sondern ebenso wie die sachliche Rechtskraft nur eine Wirkung des bereits abgeschlossen vorliegenden Urteils.

Die prozeßbeendigende Eigenschaft des Urteils sei weiter mit dem Rechtsschutzanspruch der Partei zu erklären, der eben dann gegenüber dem Staat noch nicht erloschen sei, wenn die richterliche Entscheidung den Streit nicht vollständig beendige. Auch aus der Anknüpfung der Rechtsmittel an das Endurteil sei die Urteilseigenschaft der Prozeßbeendigung zu erkennen, denn — wie das Reichsgericht (RG. 7, 426) sage — „soll (!) der Rechtsstreit nicht eher zur Entscheidung des höheren Richters gelangen, als bis die Vorinstanz ihn derart vollständig erledigt hat, daß für sie kein weiterer Gegenstand zur Aburteilung übrig geblieben

ist". Die Prozeßbeendigung und damit die Auflösung des Prozeßverhältnisses der Vorinstanz sei deshalb die Vorbedingung für die Eröffnung der höheren Instanz. Ja, selbst die Fähigkeit, angefochten zu werden und die prozessuale Rechtskraft (Unanfechtbarkeit) zu erlangen, sowie diese Rechtskraft selbst sei eine Eigenschaft, die nur einem Endurteil zukomme. Wurzer meint, man könne nur mit dieser Begriffsbestimmung in einigen Fällen, die sonst der praktischen Behandlung Schwierigkeiten bereiten, zu dogmatisch und praktisch befriedigenden Lösungen gelangen: Wenn eine Entscheidung weder eine Abweisung des Klägers noch eine Verurteilung des Verklagten, also nur ein Non liquet enthalte, wenn sie hinsichtlich des materiellen Inhalts in sich widerspruchsvoll sei, wenn der Richter also gleichzeitig eine Rechtsfolge bejahe und verneine, wenn sie unverständlich oder unbestimmt sei, dann beendige sie nicht den Rechtsstreit, weil sie ihn nicht „entscheide". Es liege ein *Nichturteil* vor. Als Beispiele führt er Entscheidungen an, in denen der Verklagte verurteilt wird, „das Geschuldete zu zahlen" oder eine bestimmte Summe zu zahlen, „abzüglich seiner nachweisbaren Auslagen", oder in denen „das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis festgestellt wird". Hier könne die Partei keine Berufung einlegen, weil es gegen „Nichturteile" keine Rechtsmittel gebe, sie könne keine neue Klage erheben, da der Gegner zwar nicht die Einrede der Rechtskraft — denn es liege kein Urteil vor —, wohl aber die Einrede der Rechtshängigkeit bringen könne. Der Partei bleibe nichts anderes übrig, als den alten Prozeß durch Neuladung des Gegners *fortzusetzen*, ohne die Entscheidung zu beachten (!). Der Richter könne den Fortsetzungsantrag der Partei nicht zurückweisen mit dem Hinweis, daß ihr Rechtsanspruch erschöpft sei, denn er könne der Partei nicht entgegenhalten, was entschieden worden sei. Die Urteilsurkunde enthalte keinen Inhalt, sondern sei nur eine leere Form.

Die herrschende wissenschaftliche Lehre [12]) und die Rechtsprechung [13]) nehme hier allerdings kein Nichturteil an, sondern schaffe aus Verlegenheit eine besondere Klage auf Klarstellung des Urteilsinhalts, die „Aufklärungs- oder Ergänzungsklage", die eine zweite, bestimmte Verurteilung herbeiführen solle, obwohl man das erste Urteil für rechtskräftig halte. Eine gesetzliche Grundlage für diese neue Klage sei nicht vorhanden. Es bestehe

12) Literatur zit. bei Wurzer: Nichturteil und nichtiges Urteil S. 32 Anm. 1, 3.

13) Z. B.: RG. in JW. 89, 306 Nr. 11; OLG. Colmar im Recht 1902 Nr. 1723.

für sie auch kein Bedürfnis. Die Zivilprozeßordnung habe ausführliche Vorschriften zur Ergänzung eines Urteil gegeben (§§ 318—321 ZPO.). Auch müsse noch im Vollstreckungsrecht der Sinn eines Titels durch Auslegung ermittelt werden. Solche Mängel aber, wie sie in den hier vorliegenden Fällen auftreten, seien *unheilbar*.

Wurzer bringt noch eine Reihe von Reichsgerichtsfällen, die nach seiner Meinung nur dadurch befriedigend gelöst werden können, daß man die fehlerhafte Entscheidung als „Nichturteil", als rechtlich nicht vorhanden ansehe, die Rechtsmittel dagegen für unzulässig erkläre und die Parteien auf den Weg verweise, den Prozeß in der Vorinstanz fortzusetzen.

Mit diesen Ausführungen glaubt Wurzer seine beiden Sätze von der „beschränkten richterlichen Subsumtionsgewalt" und von der „instanzbeendigenden Eigenschaft" der Urteile ausreichend dogmatisch begründet zu haben.

Er stellt die Frage nach der Behandlung der inkorrekten Entscheidung so: Welche Bedeutung hat es, wenn der Richter in einem Urteilsverfahren zur Beendigung der Instanz eine Entscheidung erläßt, die ihrem Inhalt nach nur ein Beschluß ist, während sie von ihm als Urteil gemeint ist?

Ein Beispiel: Der Richter erläßt ein „Urteil", „daß der Einrede der Rechtshängigkeit stattgegeben und deshalb die Verhandlung ausgesetzt werde" [14]). Wurzers Antwort lautet hier: Da die Entscheidung nicht die Kraft besitze, die Instanz dauernd zu beenden, liege ein „Nichturteil" vor und die Berufung sei unzulässig. Allerdings sei immer zu prüfen, ob die Entscheidung außer der ihr vom Richter fälschlich beigelegten Bedeutung noch eine weitere „wirkliche" Bedeutung habe, für die alle Erfordernisse gegeben seien. Dann sei das dieser rechtlichen Natur entsprechende Rechtsmittel zulässig. Im vorstehenden Beispiel könne in der inkorrekten Entscheidung ein Aussetzungsbeschluß (nach § 252 ZPO.) gefunden werden; daher sei die Beschwerde das zulässige Rechtsmittel. Erledige die Entscheidung den Prozeß nicht und enthalte sie nicht gleichzeitig einen anfechtbaren Beschluß, dann sei die Entscheidung nicht zu beachten und der Prozeß fortzusetzen, da ein „Nichturteil" vorliege. Eine Ablehnung des Fortsetzungsantrags der Partei durch den Instanzrichter müsse nach „allgemeinen Grundsätzen" durch Urteil erfolgen. Dagegen sei Berufung zulässig, die dann die „verfahrene Sache wieder ins richtige Gleis" brächte. — Wurzer stellt übrigens merkwürdigerweise hier

14) OLG. Kiel: Schlesw.-Holst. Anzeiger 1892 S. 193.

nicht die Frage, ob dieses Urteil instanzerledigende Kraft habe und daher rechtsmittelfähig sei. —

Wurzer läßt also für die rechtliche Charakterisierung einer Entscheidung und die Rechtsmittelgewährung ihren „wahren inneren Gehalt" maßgebend sein. Es sei zu prüfen, ob ihr Inhalt den Urteilsbegriff oder die Begriffe der „mit Urteilsnatur versehenen sonstigen Entscheidungen" (die noch zu besprechen sind) erfülle. Die Meinung des Instanzrichters über ihre rechtliche Natur sei unerheblich. Es seien aber auch praktische Gründe, die zu dieser Rechtsauffassung nötigten: das öffentliche Wohl verlange, daß die Rechtsmittel auf das für sie vom Gesetz geschaffene Anwendungsgebiet beschränkt bleiben. Sie gehören zum strengen Recht, sie seien die „Ausgangs- und Richtungspunkte" für das Verfahren, ihre Grenzen dürfe der Prozeß nicht überschreiten. Denn der Richter dürfe es nicht in der Hand haben, den Rechtsmitteln neue Gebiete zu erschließen oder die Partei der ihr nach dem Gesetz zustehenden Rechtsmittel zu berauben; sonst wäre der Richter souverän, nicht das Gesetz! — Bemerkenswert erscheint ein Satz Wurzers, der aus seiner eben gekennzeichneten Auffassung heraus geschrieben ist, der aber doch auch in einem anderen Sinne aufgefaßt werden kann, von dem später die Rede sein soll: „Das Wort des Richters ist maßgebend, wie es losgelöst von jeder menschlichen Persönlichkeit in die Erscheinung tritt [15])."

Mit einer geschickten aber verfehlten dogmatischen Parallele zwischen den hier in Frage stehenden Fällen und dem Privatrecht will Wurzer nochmals seine Ansicht verdeutlichen und sie zugleich als die auf anderen Rechtsgebieten schon längst geübte Methode kennzeichnen: Bei der Auslegung von Verträgen bestimme sich unbestritten ihre rechtliche Natur nur nach den Rechten und Pflichten, die sich aus den Verträgen selbst ergeben und nicht nach dem selbst ausdrücklich erklärten Willen der Parteien, der Vertrag solle diese oder jene mit dem „wahren Inhalt" in Widerspruch stehende Vertragsnatur haben. So müsse auch die „vom Richter vorzunehmende Rechtsschaffung" nach ihrem „wahren Inhalt", nicht nach der Auffassung des Richters charakterisiert werden. Das Gesetz stehe über dem Richter ebenso wie über den Vertragsschließenden.

So verlockend es zunächst erscheint, bereits jetzt Wurzer mit einer Kritik zu begegnen, so wäre es doch verfrüht: Bisher wurde

15) Wurzer a. a. O. S. 43.

nur die Entwicklung seines allgemeinen Prinzips und seine konkrete Nutzanwendung beim Endurteil, das er als *das* Urteil bezeichnet, dargestellt. Ein abschließendes Urteil, das nicht nur vom dogmatischen und logischen Gesichtspunkt aus gefällt werden soll, sondern zugleich die praktische Auswirkung, die Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit seiner Theorie wertet, läßt sich nur fällen, wenn man erfahren hat, ob und inwiefern sich die Anwendung seines Grundsatzes bei der Behandlung der übrigen Entscheidungsarten fruchtbar erweist.

Den weitaus größten Teil der inkorrekten Entscheidungen bildet die Gruppe, bei der die Frage: Zwischenurteil nach § 304 oder § 303 ZPO.? eine Rolle spielt. Wurzer entnimmt die besonderen Merkmale dieser Entscheidungsarten den gesetzlichen Tatbeständen: Die Entscheidung nach § 303 ZPO. ergehe über einzelne selbständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel (hier sei bemerkt, daß die von Wurzer noch nicht berücksichtigte Neufassung des Gesetzes genereller lautet: sie ergeht, wenn ein Zwischenstreit zur Entscheidung reif ist). Die Vorabentscheidung nach § 304 ZPO. ergehe über den Grund eines Anspruchs, der nach Grund und Betrag streitig sein könne. Trotz des entgegenstehenden Wortlauts des § 304 ZPO. sei es nicht *Begriffsmerkmal,* sondern nur *Gültigkeitserfordernis*[16]) der Entscheidung, daß Grund und Betrag auch wirklich streitig seien. Sie müsse aber weiter den „Grund des Anspruchs" so vollständig erledigen, daß dem Nachverfahren grundsätzlich nur noch die Entscheidung über den Betrag vorbehalten bleibe.

Da die Entscheidung nach § 304 ZPO. den ordentlichen Rechtmitteln zugänglich sei, nehme sie den Rang des Endurteils ein, und deshalb seien die Merkmale, die sie von der Entscheidung nach § 303 ZPO. unterscheiden, ihre Begriffsmerkmale. Aus dieser Deduktion ist zu erkennen, daß Wurzer der „Entscheidung nach § 303 ZPO." keine Urteilsqualität beilegt, weil er eben die Anfechtbarkeit als Urteilsmerkmal und Urteilseigenschaft ansieht.

Beendige nun ein Urteil den Streit über den Grund nicht, so sei die Entscheidung ein Nichturteil, wobei noch zu prüfen sei, ob sie nicht ein gewöhnliches Zwischenurteil (nach § 303 ZPO.) darstelle. Der Inhalt sei zu erforschen und an diesen „ehernen, unverrückbaren" Begriffen zu messen. Die Erklärung des Richters, die Entscheidung solle eine Vorabentscheidung nach § 304 ZPO. darstellen, sei dagegen bedeutungslos.

---

16) Ein wichtiger Gegensatz bei Wurzer; vergl. Wurzer a. a. O. S, 46, 56.

Von diesen Fällen, in denen nach sachlicher Prüfung des Inhalts der Urteilsformel keine Vorabentscheidung über den Grund gegeben ist, obwohl der Richter, wie aus der Begründung ersichtlich ist, der irrtümlichen Meinung war, eine solche zu erlassen und zu begründen, seien jene zu unterscheiden, in denen in der Tat — nach der Urteilsformel — über den Grund abschließend geurteilt ist. Jene Entscheidungen hätten aber bei richtigem Verfahren nicht ergehen dürfen, weil z. B. noch keine Entscheidungsreife bestanden habe und Einwendungen unberücksichtigt geblieben seien, die hätten berücksichtigt werden müssen. Sie hätten vielleicht den Inhalt der Entscheidungen dahin umgestaltet, daß der Anspruch unbegründet erscheine. Im letzten Falle liege nur ein gewöhnlicher Subsumtionsirrtum des Richters vor. Die Nichtwürdigung der Einwendungen gleiche der Falschbeurteilung. Das Urteil sei daher gültig und mit Rechtsmitteln anfechtbar. Das Reichsgericht sei sich aber bei seinen Entscheidungen häufig dieses Unterschiedes nicht bewußt gewesen, wenn es in den Begründungen generell die Redewendung gebraucht habe: Das Rechtsmittel sei zuzulassen, weil das Gericht eine Entscheidung nach § 304 ZPO. „erlassen *wollte* und tatsächlich erlassen *habe*."

Wurzer will seinen Grundsatz, daß der sachliche Inhalt maßgebend sei, *ausnahmslos* durchgeführt wissen. Er mißbilligt daher die Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie — wenn auch nur ausnahmsweise — den Willen des Richters für beachtlich hält, wie sie sich bei den Entscheidungen herausgebildet hat, die durch das Stichwort: Zwischenurteil nach § 303 oder 304 ZPO.? gekennzeichnet werden. Das Reichsgericht habe für die Ausnahmebehandlung weder einen inneren Grund angegeben, noch habe es besondere Gründe behauptet und bewiesen, die sie notwendig erscheinen lassen. —

Hier sei gestattet, Wurzer gleich den wahren Sachverhalt entgegenzuhalten: Innere, dogmatische Gründe hat das Reichsgericht allerdings nie erwähnt, aber eine Rechtfertigung mit praktischen Gründen hat es in den grundlegenden Entscheidungen zu geben versucht. Dagegen hat Wurzer bisher noch mit keinem Worte die „berechtigten Interessen" der Partei gestreift, um es zunächst unjuristisch auszudrücken. Das Reichsgericht hat Verantwortung genug besessen, um darüber nicht mit Stillschweigen hinwegzugehen, und gerade dehalb ist das Problem noch ungelöst.

Zu welchen Folgen Wurzers Theorie führt, geht aus einem von ihm selbst angeführten Beispiel hervor: Das Berufungs-

gericht hatte in einem „Zwischenurteil" die vom Verklagten zur Aufrechnung benutzte Gegenforderung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und sich die Entscheidung über die Höhe der Forderung vorbehalten. Das Reichsgericht [17]) hielt die Revision für zulässig, „weil das Urteil ersichtlich den Streit über den Bestand der Gegenforderung endgültig habe erledigen wollen" und für begründet, weil über den Grund einer Aufrechnungseinrede ein Zwischenurteil nicht erlassen werden dürfe. Wurzer zieht die Konsequenzen seiner Lehre: Die Entscheidung, die über den Grund einer Einrede erkannte, enthalte einen Mangel in den Begriffsmerkmalen der Vorabentscheidung, nicht nur in den gesetzlichen Gültigkeitserfordernissen des Urteils nach § 304 ZPO. Sie sei weder eine Vorabentscheidung noch ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. Es seien dagegen weder Rechtsmittel zulässig, noch sei der Richter nach § 318 ZPO. an sie gebunden. Es sei ein für Gericht und Partei unverbindlicher Ausspruch, ein Nichturteil, ein Nicht-Staatsakt (!).

Auch hier verliert Wurzer kein Wort über die Handhabung seiner Methode in der Rechtsanwendung und über ihre praktische Auswirkung im Rechtsleben. —

Wenn im folgenden die Ausführungen Wurzers über die Behandlung des Zwischenurteils nach § 275 ZPO. eingehend wiedergegeben werden, so geschieht es einmal, um die praktische Seite seiner Auffassung zu kennzeichnen und andererseits, um die dogmatische Behandlung unseres Problems zu fördern. Dabei wird das Auftauchen eines zunächst äußerlich unterschiedenen, aber doch innerlich verwandt scheinenden Problems unsere Frage deutlicher machen und in einen größeren und tieferen Zusammenhang des Rechts rücken.

Vorerst die Anwendung des Wurzer'schen Prinzips auf diesen Fall; es interessiert besonders die praktische Lösung. Und dann die eigentliche Streitfrage.

Es handelt sich — nach Wurzer — ähnlich wie im Falle des § 304 ZPO. um die Feststellung, ob eine bestimmte Entscheidung ein Zwischenurteil nach § 275 ZPO. darstellt. Die in den Entscheidungsgründen kundgegebene Auffassung des Richters über den rechtlichen Charakter seiner Entscheidung sei unmaßgeblich. Die Begriffsbestimmung Wurzers schließt sich eng an den „gesetzlichen Tatbestand" an. Da die Verordnung über das Verfahren

---

17) RG. in Gruchots Beitr. Bd. 38 S. 1224 = Seuff. A. Bd. 50 Nr. 285: JW. 07, 337 Nr. 18; RG. 12, 363; 49, 338.

in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. II. 1924 die Bestimmung des § 275 ZPO. umgestaltet hat, kann man den Begriff des Zwischenurteils nach § 275 ZPO. im Sinne Wurzers dahin fassen: Das Zwischenurteil nach § 275 ZPO. ist eine Entscheidung, die über prozeßhindernde Einreden ergeht, wenn das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen die abgesonderte Verhandlung angeordnet hat. Daraus folgt, daß (nach Wurzer) trotz der entgegenstehenden Erklärung des Richters in der Entscheidung „in Wahrheit" nur ein gewöhnliches Zwischenurteil nach § 303 ZPO. vorhanden ist, wenn das Gericht die abgesonderte Verhandlung über die prozeßhindernde Einrede nicht angeordnet hat. Er fährt fort: Da nunmehr über Hauptsache und Einrede gleichzeitig verhandelt sei, hatten Parteien und Gericht durch ihr Verhalten zu erkennen gegeben, daß sie von der dargebotenen Möglichkeit, eine rechtskräftige Entscheidung der Vorfrage herbeizuführen, keinen Gebrauch machen wollen. — Und dabei hatte die Partei vielleicht einen Antrag auf abgesonderte Verhandlung gestellt!

Das praktische Ergebnis, das sich bei der folgerichtigen Anwendung der Wurzer'schen Theorie ergibt, ist dies: Das Rechtsmittel der Berufung ist zurückzuweisen, wenn bei der Prüfung der Zulässigkeit von Amtswegen festgestellt wird, daß der Vorderrichter tatsächlich keinen Beschluß auf Anordnung der abgesonderten Verhandlung über die Einrede erlassen hat, obwohl die Parteien und das Gericht de facto nur über die prozeßhindernde Einrede verhandelt haben. Von dieser formellen prozeßleitenden Anordnung wäre die Rechtsmittelgewährung abhängig! Der Beweis, daß der Beschluß tatsächlich erlassen worden ist, ist nur durch das Protokoll zu führen, das insofern vollen Beweis schafft, der nur durch den Nachweis der Fälschung entkräftet werden kann. Also selbst wenn tatsächlich die abgesonderte mündliche Verhandlung über die Einrede angeordnet worden war und der Tatbestand des Urteils dies ausspricht, müßte bei einer gewissenhaften Prüfung der Statthaftigkeit der Berufung, die den „gesetzlichen Begriff" des Zwischenurteils nach § 275 ZPO. anwenden muß, in erster Linie auf diesen Beweis durch das Protokoll abgehoben werden. Der Partei, die mit Rücksicht auf den Inhalt des Urteils und im Vertrauen darauf, daß das Protokoll auch den tatsächlichen Gang der Verhandlung richtig wiedergibt, das Urteil nach § 275 ZPO. für sofort anfechtungsfähig hält, müßte also zugemutet werden, die Protokolle jeder Verhandlung daraufhin nachzuprüfen. In § 162 ZPO. ist die Mitwirkung der Partei bei der Feststellung des Inhalts des Protokolls ausdrücklich auf

bestimmte Punkte beschränkt. Soll die Partei zur Vermeidung von Rechtsnachteilen auch noch die von Amtswegen zu berücksichtigenden Formalien ängstlich überwachen? —

Nunmehr sei die oben angekündigte Streitfrage behandelt, die Gelegenheit bieten soll, eine für die künftige Lösung sehr wichtige dogmatische Grundlage aufzuzeigen, nämlich die spezifisch „prozessuale Betrachtungsweise".

Es besteht in der Literatur und Rechtsprechung Streit darüber, wann die Entscheidungsform des § 275 ZPO. vom Richter gewählt werden muß; m. a. W.: Muß die „prozeßhindernde Einrede", die nach § 275 ZPO. den Gegenstand des zu erlassenden Urteils bildet, nach den tatsächlichen Behauptungen des Beklagten auch wirklich den Tatbestand einer der im § 274 ZPO. aufgeführten prozeßhindernden Einreden erfüllen, oder genügt es, wenn der Beklagte sein Vorbringen nur mit der Schlußfolgerung versieht, er wolle hiermit eine prozeßhindernde Einrede vorgebracht haben und verlangen, prozessualisch demgemäß behandelt zu werden, obwohl sein Vorbringen diesen Schluß in keiner Weise rechtfertigt?

Wurzer [18]) läßt das Verfahren nach § 275 ZPO. nur zu, wenn der Beklagte seine Einrede *schlüssig* als eine der im § 274 ZPO. aufgezählten prozeßhindernden Einreden begründet. Denn die Partei könne unmöglich das Recht haben, durch ihre bloße Bezeichnung eine gewöhnliche Einrede als prozeßhindernde behandeln zu lassen und so Rechtsmittel in Bewegung zu setzen in Fällen, für die sie vom Gesetze geradezu ausgeschlossen seien.

Die herrschende Meinung [19]) läßt dagegen für die Anwendbarkeit der in § 275 ZPO. bestimmten Entscheidungsform nur maßgebend sein, ob der Verklagte die prozeßhindernde Natur der Einrede behauptet habe, ohne daß die vorgebrachten Tatsachen seine Behauptung schlüssig erscheinen lassen. Die Entscheidung, die eine Einrede deshalb verwirft, weil sie keine prozeßhindernde sei, falle unter § 275 ZPO., denn die Form der prozessualischen Akte richte sich nach den Parteibehauptungen, nicht nach der juristischen Würdigung des Instanzrichters. Für diese Meinung mögen zwei charakteristische Aussprüche des Reichsgerichts hier wiedergegeben werden: „. . . Die somit erhobene Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs habe trotz ihrer offenbaren Grundlosigkeit nur durch Urteil gemäß § 275 ZPO. erledigt

18) Wurzer a. a. O. S. 57.

19) Vgl. Stein, 8./9. Aufl. § 275 I, 1. Abs. 2; vor § 511 III, 3 und dort zit. Lit. u. Rechtspr.

werden können[20])." Und: „. . . § 275 ZPO. bestimme, daß das Urteil, durch welches die Einrede verworfen werde, bezüglich der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen sei. Es unterscheide also nicht, aus welchem Grunde die Verwerfung stattgefunden habe, schließe vielmehr den Fall mit ein, daß die Verwerfung der Einrede um deswillen erfolgt sei, weil sie nicht prozeßhindernd sei; mithin könne es nicht wieder für die Zulässigkeit des Rechtsmittels selbst voraussetzen, daß die Einrede in Wahrheit die Natur einer prozeßhindernden habe[21])."

Man erkennt bereits, daß es sich bei der Stellungnahme zu dieser Streitfrage nicht um eine isoliert zu betrachtende Frage der Auslegung einer einzelnen Vorschrift handelt (wie Wurzer meint), sondern um die Anwendung eines allgemeinen prozeßrechtlichen Prinzips. Das gilt es zu erforschen.

Wie begründet Wurzer seine Meinung, daß nur eine „substantiierte und schlüssige Behauptung", die Geltendmachung einer Einrede, die „an und für sich" (nämlich bei dem unterstellten geglückten Nachweis der vorgebrachten Tatsachen) unter § 274 falle und das Verfahren nach § 275 ZPO. auslösen könne?

Er hält die oben in der zitierten Reichsgerichts-Entscheidung gegebene Beweisführung nicht für schlüssig. Es sei eben gerade die Frage, welche rechtliche Natur eine Einrede besitzen müsse, damit sie durch ein Urteil nach § 275 ZPO. und nicht durch ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. abgewiesen werden könne. Die Bestimmung des § 275 ZPO. in ihrem Gegensatz zu § 303 ZPO. setze voraus, daß der Richter gerade mit einer prozeßhindernden Einrede befaßt gewesen sei. Eine prozeßhindernde Einrede sei nur die, die „an und für sich" unter § 275 ZPO. falle. Bis hierher gibt Wurzer nur unbewiesene Behauptungen. — Er führt dann weiter aus: Der Zweck der Bestimmung des § 275 ZPO. liege darin, auf möglichst kurzem Wege zur Klagabweisung zu gelangen, ohne über die Hauptsache verhandeln und über sie Beweis erheben zu müssen. Die Aussicht auf diesen Erfolg könne dem Richter aber nur eröffnet werden, wenn Einreden schlüssig als prozeßhindernde behauptet werden und er nur ihre Begründetheit zu prüfen brauche. Der Sinn des § 275 Abs. 2 ZPO., wonach das die Einrede verwerfende Urteil „in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen ist", liege darin, daß über die strittige Einrede nach beiden Richtungen hin, über die Begrün-

20) RG. 16, 336.

21) RG. in Gruchots Beitr. Bd. 32 S. 1184; anderer Ansicht RG. 13, 331; vergl. Zitat bei Wurzer a. a. O. S. 58 oben.

detheit und die Unbegründetheit, rechtskräftig entschieden werden soll. Schließlich versucht Wurzer seine Auffassung auch noch aus dem Sinn des § 538 Ziff. 2 ZPO. abzuleiten.

Wurzer hat u. E. weder die vom Reichsgericht gegebene Begründung widerlegt, noch selbst einen einwandfreien schlüssigen Beweis für seine Meinung geliefert. Aus dem Wortlaut des Gesetzes läßt sich die Ansicht des Reichsgerichts halten, und auch der Zweck des § 275 ZPO. steht ihr nicht entgegen:

Bei einem Urteil, das die geltend gemachte Einrede zurückweist, kann das Verfahren auf jeden Fall weitergehen, mag die Einrede nun „an sich" diesen oder jenen Charakter haben. Eine Verzögerung des Verfahrens braucht nicht einzutreten, denn das Gericht kann von sich aus oder auf Antrag des Klägers anordnen, daß zur Hauptsache zu verhandeln sei; und es wird das stets tun, wenn es der festen Ueberzeugung ist, daß die geltend gemachte Einrede keine prozeßhindernde ist. Weshalb soll es der Partei verwehrt sein, über den rechtlichen Charakter und die Begründetheit einer Einrede, die sie für prozeßhindernd hält, auf ihre eigenen Kosten das Rechtsmittelgericht anzurufen? Der Instanzrichter ist beim Endurteil in jedem Falle nach § 318 ZPO. an die Zwischenentscheidung gebunden, mag sie nach § 275 oder nach § 303 ZPO. erlassen worden sein. Hat sich der Vorderrichter darüber geirrt, ob die Einrede als prozeßhindernde schlüssig und begründet ist, dann erlangt er durch die Entscheidung des Rechtsmittelrichters die Möglichkeit, den Prozeß richtig zu beenden und auf diese Weise ein sich sonst anschließendes Berufungsverfahren zu ersparen. — Diesen Gedanken auf rechtspolitischem Gebiet fortgesponnen: Weshalb sollte man die Verteidigung des Verklagten erschweren, nachdem in unserem Prozeßrecht ein Einlassungszwang des Verklagten besteht und ihm das bis zur Neuordnung im Jahre 1924 im landgerichtlichen Prozeß zugestandene Recht entzogen ist, die Verhandlung zur Hauptsache unter Berufung auf eine prozeßhindernde Einrede des § 274 ZPO. zu verweigern und dadurch über sie eine abgesonderte Entscheidung und Verhandlung zu erzwingen? Jetzt steht es ausschließlich im Ermessen des Gerichts, eine abgesonderte Verhandlung anzuordnen. Auch der Verklagte kann ein Interesse daran haben, den Prozeß möglichst bald zu klären. Wäre es vom gesetzgeberischen und praktischen Standpunkt aus nicht verständlich, wenn man eine sofortige Nachprüfung des Urteils gestattet, das über die von ihm als prozeßhindernd aufgefaßte Einrede in abweichendem Sinne entscheidet, wenn andererseits für den

Kläger genügend Kautelen vorhanden sind, die eine Prozeßverschleppung verhindern können?

Man sieht: weder aus dem Wortlaut noch dem isoliert betrachteten Zweck der Bestimmung des § 275 ZPO. findet die Wurzer'sche Theorie eine dogmatische Begründung. Ihre praktische Lösung ist unbefriedigend, wie oben ausgeführt wurde.

Man muß vielmehr auf die Grundbegriffe des Prozeßrechts zurückgehen, auf die prozessuale Funktion der Parteihandlung, die wieder ihrerseits auf den Oberbegriff der Prozeßhandlung zurückführt. Sie ist als wesentliches Element des Prozesses in ihren Voraussetzungen und ihren Wirkungen zu erfassen. Durch eine solche kurz angedeutete, auf den „allgemeinen Teil" des Prozeßrechts zurückgehende Untersuchung wird dann nicht nur die oben gestellte Streitfrage gelöst werden, sondern zugleich das Hauptproblem dieser Arbeit in grundlegender Weise gefördert werden. Das mag später im Zusammenhang dargestellt werden.

Da diese Arbeit zugleich eine erschöpfende Darstellung der wissenschaftlichen Meinungen über das Hauptthema geben will, sind vorerst die Wurzer'schen Gedankengänge weiter vorzutragen:

Aehnlich wie bei der Behandlung der Frage, ob ein Urteil nach § 303 oder § 304 ZPO. erlassen werden darf, will Wurzer für die Zulässigkeit des Zwischenurteils nach § 275 ZPO. einen Unterschied beobachtet wissen. Er ist nicht ganz leicht zu fassen und sei daher kurz wiederholt: Ein Urteil, das nach dem Inhalt seiner Formel über den Grund des geltend gemachten Anspruchs vorabentscheidet, sei ein gültiges Urteil nach § 304 ZPO., obwohl es zunächst noch nicht ergehen durfte, wenn dem Richter nur dabei ein Irrtum unterlaufen sei, als er den Prozeßstoff unter eine materielle Norm subsumierte, z. B. wenn der Richter die Begründetheit eines Anspruchs ausgesprochen habe, obwohl er eine zu berücksichtigende Einwendung des Verklagten nicht berücksichtigt habe und somit objektiv noch keine Entscheidungsreife bestand. Anders sei der Subsumtionsirrtum des Richters über eine prozessuale Norm zu bewerten. Der in der Begründung zum Ausdruck gelangte Wille des Richters, eine Entscheidung bestimmter Art zu erlassen, sei unmaßgeblich. — Ebenso sei nun *die* Entscheidung ein *gültiges Urteil nach § 275 ZPO.*, die eine nach dem Parteivorbringen als schlüssig begründete prozeßhindernde Einrede wegen mangelnden Beweises als unbegründet verwerfe. Hier liege wieder ein Subsumtionsirrtum des Richters vor, der unter einen richtigen, dem § 274 ZPO. entnommenen Obersatz

die Tatsachen falsch unterordne. Der Richter sei der angeblich schlüssigen Begründung der Partei zu Unrecht gefolgt, er habe die Einrede ihrem rechtlichen Charakter nach für eine prozeßhindernde gehalten und sei nur auf Grund der Würdigung der vorgebrachten Tatsachen und erhobenen Beweise zur Ueberzeugung der Unbegründetheit gelangt. Schärfer gefaßt: Er habe sich über die gesetzlichen Merkmale des Begriffs „prozeßhindernde Einrede" geirrt und gemeint, die vorgebrachten Tatsachen rechtfertigten (ungeachtet, ob sie bewiesen werden oder nicht) das Verfahren nach § 275 ZPO. Der Subsumtionsirrtum erfasse demnach die prozessualen Merkmale der Prozeßfigur der Entscheidung nach § 275 ZPO.

Damit hat sich Wurzer mit seiner eigenen These in Widerspruch gesetzt, die er noch oben bei der Behandlung der Vorabentscheidung über den Grund verfochten hat. Dort hält er den richterlichen Irrtum über die Begriffsmerkmale des Urteils nach § 304 ZPO. für unmaßgeblich; hier soll er geeignet sein, die Rechtsnatur eines Urteils zu bestimmen, das nach den „objektiven unverrückbaren Begriffen" als Zwischenurteil nach § 303 ZPO. ergehen mußte.

Die widerspruchsvolle Behandlung bei Wurzer beruht, worauf später im Zusammenhang zurückgekommen wird, darauf, daß er in ganz willkürlicher Weise einen Unterschied in die dem Richter zustehende Subsumtionsgewalt hineingetragen hat, der weder durch das Gesetz noch durch die Dogmatik gefordert und gestattet wird. Der Richter hat die Aufgabe, den ihm von den Parteien vorgetragenen Streitstoff unter die abstrakten Rechtsnormen sowohl des materiellen wie des formellen Rechts zu subsumieren. In jedem Falle gilt sein Ausspruch als „Recht", mag er auch auf irrtümlicher Rechtsanwendung beruhen. —

Wir folgen Wurzer: Für die Beurteilung der Frage, ob eine inkorrekte Entscheidung als Teilurteil nach § 301 ZPO. oder als Zwischenurteil nach § 303 ZPO. anzusehen sei, sei wieder der „Inhalt" entscheidend, wie er sich aus Form und Begründung ergebe und nicht die Bezeichnung und die Auffassung des Instanzgerichts.

Bleiben noch die Fälle zu behandeln, die eine „einstweilige Anordnung" (§§ 707, 719, 769, 771 ZPO.) und die „einstweilige Verfügung" (§§ 935, 940 ZPO) betreffen. Hier habe das Rechtsmittel an die Entscheidung anzuknüpfen, die tatsächlich ergangen sei, nicht an die, die von der Partei erbeten gewesen sei. In dem Falle, daß das Gericht nach Anordnung der mündlichen Verhand-

lung eine einstweilige Verfügung prozeßordnungswidrig (§ 922 ZPO.) durch einen Beschluß statt durch ein Endurteil erlassen habe, sei die Berufung und Revision zulässig, da sich der Rechtsstreit „im Urteilsverfahren" befunden habe und ein Endurteil hätte ergehen müssen.

Eine besondere Behandlung verdient das inkorrekte bedingte Endurteil. Hier gesteht Wurzer zu, daß seine Methode zu keinem klaren und eindeutigen Ergebnis führen kann. Soweit in einem der beiden möglichen Fälle ein Endurteil noch nicht erlassen werden könne, da die Rechtsfolge der Eidesleistung (oder -verweigerung) noch nicht endgültig bestimmt sei, werde durch diesen Teil des Urteils der Rechtsstreit noch nicht beendet, es liege insoweit ein „Nichturteil" vor. Der andere Teil des Urteils stelle dagegen ein gültiges Endurteil dar, da er entweder zur Klagabweisung oder Verurteilung führe, auf jeden Fall aber den Rechtsstreit beende. Da ein Urteil nicht zum Teil gültig und zum anderen Teil rechtlich nicht vorhanden sein könne, entscheidet sich Wurzer „aus Zweckmäßigkeitsgründen" (!) für die Gültigkeit der Entscheidung.

Eine andere von Wurzer erwähnte Streitfrage sei hier kurz wiedergegeben. Sie gehört zum Fragenkomplex der fehlerhaften Entscheidungen, von dem unser Problem einen begrenzten Ausschnitt bildet, und spielt insoweit auf unser Gebiet über. Außerdem scheint sie mir gerade den Grenzfall darzustellen, der von unserer speziellen Fragestellung noch berührt wird:

Ist ein Urteil gültig, das auf Grund einer mündlichen Verhandlung während der Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens ergeht [22])? — Der Sonderfall, daß das Urteil auf Grund einer mündlichen Verhandlung erlassen wird, die schon vor der Unterbrechung geschlossen worden ist, ist in § 249 Abs. 3 ZPO. gesetzlich geregelt: Das Urteil ist gültig. — Während Sauer [23]) hier ein unwirksames „nichtiges" Urteil annimmt, weil der „konkrete Prozeß" infolge äußerer Umstände zwecklos ist und nicht zum Ziele führen kann, und Kohler [24]) die Entscheidung, weil in einem Nichtprozeß ergangen, für ein „Nichturteil" hält, behandelt sie Wurzer als ein gültiges, mit Rechtsmitteln anfechtbares Endurteil. Er führt aus: Sie beendige die Instanz und sei auf

22) Literatur bei Sauer, a. a. O. S. 464; Wurzer, Nichturteil und nichtiges Urteil S. 69.

23) Sauer, a. a. O. S. 464.

24) Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 88; Enzykl. Bd. 3 S. 341.

Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen. *„Durch die Macht der Tatsachen* ist das in den Formen des Gesetzes verlaufende Verfahren ein Prozeßverfahren und die Entscheidung ein Urteil, weil sie alle Urteilsmerkmale aufweist . . . und der Richter vom Gesetz gezwungen war, diese dem Stand seiner Ueberzeugung entsprechende und nach der prozessualen Sachlage auch gebotene Entscheidung zu treffen und keine andere . . ." Es könne kein Nichturteil oder nichtiges Urteil sein, das Gesetz müsse sich sonst selbst zerstören. Mit dem Urteil münde das allerdings innerlich kranke Verfahren in den Rechtsmittelweg ein, der die ganze Prozeßordnung und jedes Prozeßverfahren durchziehe und die Aufgabe habe, den Prozeß zu seinem Ende und ein fehlerhaftes Urteil seiner Heilung durch die Rechtskraft (?) zuzuführen.

Die von Wurzer angeführten Gesetzesbestimmungen lassen u. E. seine Meinung nicht zwingend erscheinen (§§ 551 Ziff. 5, 579 Ziff. 4 ZPO.). Wir halten die Entscheidung ebenfalls für ein gültiges Urteil: es ist zwar unter Verletzung prozessualer Vorschriften ergangen, nach denen es nicht ergehen durfte, aber diese Verfahrensmängel bewirken nicht, daß die im übrigen die Begriffsmerkmale des Urteils erfüllende richterliche Willenserklärung als nichtig oder nicht vorhanden angesehen werden kann. Die eigene Stellungnahme zu dieser Frage ist im Ergebnis vorweggenommen, obwohl erst in der Kritik der Wurzer'schen Arbeit der von uns verwendete Urteilsbegriff entwickelt und die Bedeutung der fehlerhaften Prozeßhandlung behandelt werden kann.

Dieser Grenzfall gewinnt nun bei näherem Zusehen für die Bekämpfung der Wurzer'schen Theorie eine große Bedeutung. Von den Bedürfnissen des Rechtslebens gezwungen, hat Wurzer hier die Waffen gestreckt und seine Theorie aufgegeben. Bei folgerichtiger Anwendung wird sie ad absurdum geführt: Darüber besteht kein Streit, daß nach dem klaren Sinn der Prozeßordnung kein Urteil ergehen darf, das auf der Prozeßlage am Schluß einer mündlichen Verhandlung beruht, die während der Zeit der Unterbrechung oder der Aussetzung des Verfahrens stattgefunden hat. Die ergehende Entscheidung *ist* prozeßordnungswidrig. Dem Richter ist es nach dem Gesetz untersagt, während dieser Zeit irgend eine Prozeßhandlung vorzunehmen. Nun hätte Wurzer nach seiner Theorie folgerichtig weiter schließen müssen: Die vom Richter ausgesprochene Rechtsfolge des materiellen Tatbestandes — die Sachentscheidung —

durfte nach dem Willen des Gesetzes *nicht* und *konnte* daher auch *nicht* in der Prozeßform des Urteils ausgesprochen werden. Der Wille des Richters, eben *doch* ein gültiges Urteil auszusprechen, ist unmaßgeblich; er beruht auf dem irrigen Subsumtionsschluß, daß ihm für diesen Fall eine bestimmte Prozeßform zur Gestaltung des objektiven materiellen Rechts zur Verfügung stehe. Die Entscheidung ist ein Nichturteil und als solches nicht anfechtbar. — Denn nach Wurzers Theorie kann der entscheidende Richter seinem Ausspruch keinen bestimmten rechtlichen Charakter verleihen. Das objektive Recht vollziehe diese Würdigung. Es wähle die für den sachlichen Inhalt der Entscheidung passende und der „wahren Prozeßlage" entsprechende Prozeßform aus. Die nach dem Gesetz für diese Entscheidungsart „bereitgestellten" Rechtsmittel seien dann die richtigen. In dem oben behandelten Fall entspricht im Augenblick, als der Richter Recht sprechen will, der Prozeßlage *keine* Entscheidungsform, denn das Prozeßrecht verbietet den Erlaß von Entscheidungen. Der Richter kann daher durch seinen Willen dem sachlichen Ausspruch keine Urteilsqualität verleihen. —

Auf die *Auswirkung seiner Theorie in der Praxis* ist Wurzer nicht eingegangen. Er begnügt sich mit einigen kurzen Bemerkungen, mit denen er seine Theorie gegen den Vorwurf verteidigt, daß sie für die Partei zu unbilligen Härten führen müsse: Der Partei werde kein Instanzenzug abgeschnitten; er solle sich nur nach der wahren gesetzlichen Natur der Entscheidung, nicht nach der Ansicht, die der Instanzrichter über die Natur seiner Entscheidung habe, richten; das Objektive, nicht das Subjektive solle gelten. Die Nachteile, die bei fehlendem Einklang zwischen der unteren und oberen Instanz für die Partei entstehen, seien eine „selbstverständliche Begleiterscheinung der Gewaltsamkeit, die mit jeder Entgleisung und deren notwendigen Wiederbeseitigung verbunden seien". Es sei eine übertriebene und unerfüllbare Anforderung [25]), die Partei vor jeder Notlage zu schützen. Auf jeden Fall aber sei dieser Nachteil kleiner als der Uebelstand, daß der Instanzrichter es in der Hand habe, den Rechtsmitteln Gebiete zu eröffnen, für die sie nicht bestimmt seien, daß er die Partei

---

25) Hier wendet sich Wurzer gegen Steins frühere Ansicht (Willenstheorie): 8./9. Auflage. Die neueste Aufl. des Kommentars (13. Aufl.), die Wurzer noch nicht berücksichtigt hat, vertritt im wesentlichen die „Sowohl-als auch-Theorie" des Reichsgerichts.

ihrem ordentlichen Rechtsmittelgericht entziehen und sie sogar des Rechtsmittels berauben könne.

Wurzer glaubt durch seine Theorie den einheitlichen Zusammenhang unserer Streitfrage mit der Dogmatik des Prozeßrechts hergestellt und damit eine befriedigende grundsätzliche Lösung gefunden zu haben [26]).

---

26) Stein-Jonas, 13. Aufl.; Vorbem. zu § 511 ZPO.: „Es ist der Praxis bisher noch nicht gelungen, eine einheitliche und befriedigende Lösung der einzelnen hier auftauchenden Fragen zu finden, denn es hat ihr bisher an der Erkenntnis des Zusammenhangs dieser Fragen und der Notwendigkeit einer grundsätzlichen Lösung gefehlt . . . ."

III. Hauptteil.

Die eigene Lösung.

a) Die Kritik Wurzers zugleich ein Teil der Grundlegung.

Man soll eine Theorie, die sich die Aufgabe gestellt hat, Zweifelsfragen im Recht vom dogmatischen Gesichtspunkt aus zu lösen, nicht schon deshalb ablehnen, weil einem manche ihrer Ergebnisse unbillig erscheinen. Das angeborene und das durch Rechtsstudium kultivierte Rechtsgefühl des Beurteilers darf nicht allein entscheidend sein. Es soll nur Ausgangs- und Richtungspunkt für eine wissenschaftliche Untersuchung sein. Wenn aber eine Theorie im praktischen Rechtsleben bei ihrer Anwendung Schwierigkeiten bereitet, die das hohe Gut der Rechtssicherheit in Gefahr bringen, dann mag sich das Gefühl der Ablehnung verstärken; aber gleichzeitig verstärkt sich das kritische Bewußtsein. Es beginnt die Forschung nach der systematischen und dogmatischen Eingliederung der Theorie in die Rechtsdisziplin, der das Problem angehört. Begegnet man hier Widersprüchen mit den bisherigen Erkenntnissen, dann muß der Kampf der Meinungen ausgefochten werden . . .

Dieser Weg mag grundsätzlich eingeschlagen werden. Es braucht kaum nochmals hervorgehoben zu werden, worin wir die Unbilligkeit der durch eine strenge objektive Theorie gewonnenen Ergebnisse empfinden. Die Rechtfertigung Wurzers kann uns nicht befriedigen: daß die entstehenden Härten seiner Theorie von der Partei hingenommen werden müßten, wollte sie nicht das größere Uebel wählen, daß die Rechtsmittelgewährung in das freie Ermessen oder die Willkür des Instanzrichters gelegt werde. Die Rechtsmittel sind Rechtsbehelfe der Parteien. Es ist der Rechtsschutz suchenden Partei damit nicht geholfen, daß ihr auf die Frage nach dem Rechtsmittel, das sie gegen eine inkorrekte Entscheidung einlegen soll, von Wurzer geantwortet wird: das dem „wahren sachlichen Gehalt" entsprechende ist das richtige, und ihr dabei versichert wird, auf diese Weise werde ihr kein Instanzenzug abgeschnitten. Die Partei wird weiter fragen: Wie erkenne ich die „wahre gesetzliche Natur" der Entscheidung? Wurzer sagt von ihr: Sie ist aus „Form und Inhalt" und den „unverrückbaren gesetzlichen Begriffen der Entschei-

dungsformen" nach einem richtigen juristischen Subsumtionsschluß zu ermitteln. Die juristische Würdigung des entscheidenden Richters ist unmaßgeblich, es gilt nur die Weisheit des Rechtsmittelrichters. — Auch die Rechtsbelehrung, die sie vom Gerichtsschreiber erhält, ist durchaus unsicher. Entweder übernimmt die Partei das Risiko, daß ihr Rechtsmittel als unzulässig verworfen wird, obwohl es vom Vorderrichter für das „richtige" gehalten wurde, oder sie unterläßt dieses Lotteriespiel und verzichtet auf eine Nachprüfung der materiellen Entscheidung durch ein höheres Gericht, obwohl ihr ein Recht darauf nach dem Gesetz zusteht.

Man kann hier nicht darauf hinweisen, daß der Ausgang jedes Prozesses zunächst ungewiß ist, und die Partei eben dieses Risiko tragen müsse. Denn die Ungewißheit über die Anfechtungsmöglichkeit ist nur durch falsche Behandlung des Instanzrichters hervorgerufen worden. Uns scheint, die Partei hat nur dafür Sorge zu tragen, die Tatsachen vollständig vorzutragen, die die erstrebte Rechtsfolge zu begründen geeignet sind. Dann hat sie gegen den Staat einen Anspruch auf ein ihr günstiges Urteil (Rechtsschutzanspruch). Es kann der Partei nicht auch zugemutet werden, die Verfahrensnormen zu kennen und besser als der Instanzrichter zu kennen. Die alten Grundsätze iura novit curia und narra mihi factum, dabo tibi ius enthalten diesen Gedanken.

Uebrigens kann im praktischen Rechtsleben sehr leicht der Fall eintreten ,daß bei Anwendung der Wurzer'schen Methode einer Partei tatsächlich eine Instanz abgeschnitten wird; z. B. der Vorderrichter hat seine Entscheidung als eine erst mit dem Endurteil zusammen anfechtbare charakterisiert. Will die Partei sie nun auf diese Weise anfechten, dann wird ihr vom Rechtsmittelrichter entgegengehalten, daß jenes Zwischenurteil „seiner wahren rechtlichen Natur nach" als Zwischenurteil nach § 304 ZPO. damals sofort anfechtbar gewesen, jetzt aber rechtskräftig geworden sei. Der Verlust einer Instanz tritt überhaupt immer ein, wenn die Partei in ihrer Ungewißheit das „falsche" Rechtsmittel einlegt und nach seiner Zurückweisung die Frist zur Einlegung des „richtigen" Rechtsmittels verstrichen ist. Denn dann ist die Entscheidung inzwischen rechtskräftig geworden.

Man möge sich hier des allgemeinen rechtlichen Grundgedankens des „Vertrauensschutzes" erinnern, der in verschiedenen Gesetzesstellen ausgesprochen ist, der aber als Grundgedanke das gesamte Recht durchzieht (z. B. der „öffentl. Glaube" des Grund-

buchs: § 892 BGB., der „öffentliche Glaube" des Handelregisters: § 15 HGB., der „Vertrauensschaden" bei der Anfechtung einer Willenserklärung des Vertragsgegners: § 122 BGB.; in einem weiteren Sinne bei der Stellvertretung: § 164 Abs. 2 BGB. und bei den Auswirkungen der „Erklärungstheorie" usw.) [1]).

Daß die Wurzer'sche Theorie in ihrer *praktischen* Anwendung vielfach unbrauchbar ist, ist schon an mehreren Stellen unserer Arbeit hervorgehoben worden. Wie sollen die Parteien die schwierigen und sehr umstrittenen Untersuchungen über die Begriffe des Prozeßrechts verstehen und anwenden, um zu erkennen, ob eine Entscheidung des Instanzrichters die Begriffsmerkmale des gewollten „Urteils" enthalte oder nicht enthalte und daher als „Nichturteil" für Partei und Richter unbeachtlich sei? Die Partei soll die Meinung des Vorderrichters korrigieren und ihn durch einen Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens dazu veranlassen, seine Meinung zu ändern, um ein zweites „richtiges" Urteil zu schaffen. Durch diese Regelung wird aber ein neues Moment des Streites in den Prozeß hineingetragen. Die Partei soll äußerlich ordnungsgemäß ergangene Entscheidungen als „Nicht-Prozeßakte" behandeln dürfen. Auch der Richter soll an solche fehlerhafte Entscheidungen nicht gebunden sein. Die Autorität des Richters wird erschüttert werden, Willkür und Rechtsunsicherheit werden die Folge sein. Schließlich sollen noch die diffizilen Unterscheidungen über den Subsumtionsirrtum des Richters über materielle und formelle Rechtsnormen die

---

1) Vgl. *Ofner,* a. a. O. S. 345: „. . . Die Erklärungstheorie ist ein weiterer Schritt zur Verallgemeinerung des Vertrauensprinzips. In welcher Weise und mit welchen einzelnen Folgen es ferner in unser Recht eingreifen wird, ist ungewiß; daß es aber noch tiefe Furchen ziehen wird, und daß ihm eine weite Zukunft gehört, steht außer allem Zweifel . . . ."
Tezner: D. östr. Administrativverf. S. S. 273, 302. Man gewahrt „den Formalismus . . . durch den Gesichtspunkt durchbrochen, daß Fehler der Behörden der Partei nicht zum Schaden gereichen, nicht auf ihrem Rücken ausgetragen werden dürfen".
v. Hippel, a. a. O. S. 70 ff.: „. . . und zwar erscheint dieser Schutz überall dort als geboten, wo es sich um die „Wahrung eines berechtigten Vertrauens" handelt. In diesen Fällen sind die Behörden verpflichtet, die ihnen unterlaufenen Fehler für die Parteien unschädlich zu machen, und steht den Parteien geradezu ein Anspruch auf eine solche Schadloshaltung zu . . ."
Hatschek: Verwaltungsrecht S. 94 ff.
Wellspacher, a. a. O. S. 115.

Gültigkeit des Richterspruchs beeinflussen! Ob die Unterscheidungen dogmatisch überhaupt gerechtfertigt sind, soll später untersucht werden. Jedenfalls sind sie für das praktische Rechtsleben unbrauchbar, da das Publikum die erforderlichen Rechtskenntnisse einfach nicht besitzt. Endlich mag auf das vom Gesichtspunkt der Praktikabilität aus höchst unerwünschte Ergebnis hingewiesen werden, zu dem seine folgerichtig durchgeführte Theorie in der Frage von der Gültigkeit der Urteile gelangt, die prozeßordnungswidrig während der Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens ergehen. — Man tauscht die Härte, die die Partei erleidet, nicht gegen das höhere Rechtsgut der Rechtssicherheit ein, wenn man einem abstrakten System zuliebe die Rechtsprechung leiden läßt und das System nicht einmal einen höheren Wert hervorbringt, sondern Unsicherheit in den Rechtsverkehr hineinträgt.

Sucht man die Wurzer'sche Theorie vom *dogmatischen* Gesichtspunkt aus kritisch zu erfassen, dann muß man die *Frage nach der* angewandten wissenschaftlichen *Methode* stellen. Denn mit dem Wechsel der Betrachtungsweise verändert sich die Begriffsbildung und schließlich das Ergebnis für die Einzelfrage. Da Wurzer seiner Arbeit methodische Untersuchungen nicht vorangestellt hat, sind sie hier kurz nachzuholen.

Es kann hier natürlich keine erschöpfende Behandlung der juristischen Methodenlehre gegeben werden. Einige grundsätzliche Bemerkungen über die dem Prozeßrecht eigentümlichen Betrachtungsweisen werden genügen, um die von Wurzer eingeschlagene Methode zu charakterisieren, ihre Voraussetzungen und die Grenzen ihres Anwendungsgebiets aufzuzeigen und schließlich die für die eigene Bearbeitung zu befolgende Methode festzustellen:

Es ist zu unterscheiden zwischen *Idee und realem Begriff* einer Entscheidung [2]). Was ein Prozeß, was ein Sachurteil sein *soll,* ist oft sehr verschieden von dem, was es tatsächlich *ist.* Ein Prozeß, der nicht mehr der Idee des Prozesses genügt, mag gleichwohl noch immer die Begriffsmerkmale des Prozesses an sich tragen und daher noch immer „Prozeß" sein. Die zulässigen

---

2) Vgl. zum folgenden: Sauer, Grundl. d. Proz. R. S. 1 ff.; Sanders Kritik (a. a. O. d. Lit. Verz.) kann hier nicht näher behandelt werden. Wir halten die Sauer'sche Betrachtungsweise für die Behandlung unserer Frage für fruchtbringend.

Abweichungen zwischen realem Begriff und Idee gilt es zu untersuchen. Dieser Gegensatz von Sein und Sollen deckt sich nicht mit dem gebräuchlichen von Begriff und Zweck. Die Idee in dem hier verwendeten Sinne umfaßt das Wesen eines Dinges. Der Zweck kann außerhalb des Wesens und idealen Begriffes liegen. Ein Ding kann seinem Wesen und seinem Begriff nach vorhanden sein, ohne daß es seinen Zweck erfüllt. Es ist nun weiter zwischen wesentlichen und unwesentlichen Merkmalen eines Begriffes zu unterscheiden. Während beim Fehlen der unwesentlichen Merkmale ein Ding noch vorhanden ist und zwar keine oder nur geringe Folgen äußert (z. B. Unzulässigkeit einer Prozeßhandlung, Anfechtbarkeit einer Entscheidung), ist beim Fehlen der wesentlichen Merkmale eines Begriffs das Ding überhaupt nicht vorhanden: der scheinbare Prozeß ist ein Nichtprozeß, das scheinbare Urteil ist ein Nichturteil.

Die Beurteilung, ob ein Ding gewisse wesentliche Merkmale aufweist, ist eine Anwendung des kategorialen Gegensatzes von Sein und Sollen. Die Betrachtungsweise und Methode ist also eine verschiedene, je nachdem, ob nur das Sein oder nur das Sollen einer rechtlichen Erscheinung dargestellt, oder ob die Spannung zwischen Sein und Sollen zum Gegenstand der Untersuchung gemacht wird.

Diese allgemeine grundlegende Unterscheidung ist nun auf das spezifisch prozeßrechtliche Gebiet anzuwenden: Man kann eine Rechtsnorm in ihrer abstrakten, absoluten Geltung oder in ihrer konkret-prozessualen (relativen) Geltung betrachten. Im ersten Falle interessiert vor allem die Norm selbst, im zweiten ihre Realisierung durch den Richter. Die erste Betrachtungsweise wird den Geltungsbereich der Normen erforschen, die Grundlagen ihrer Geltung, das Verhältnis zu anderen Normen, die Gesetzesauslegung (Rechtslehre). Die andere Art, denselben Gegenstand anzusehen, ist davon wesentlich verschieden: Hier handelt es sich um Rechtsanwendung. Man fragt hier: welches sind die Grundlagen und die Grenzen für die Geltung ihrer Erzeugnisse? Beide Betrachtungsweisen müssen bei der wissenschaftlichen Behandlung eines Problems der Rechtspraxis verbunden werden. Aber man muß sich jederzeit bei der Anwendung etwaiger Ergebnisse über die Art und Grenzen der Methode bewußt sein, mit deren Hilfe sie gewonnen worden sind.

Die abstrakten Normen des materiellen wie des formellen Rechts bleiben bestehen, sie „gelten", ob sie nun falsch oder überhaupt nicht angewandt werden. Nur die begriffenen, konkret im Bewußtsein erfaßten, angewandten Normen wirken unter den Menschen. Für die Beurteilung eines konkreten Lebensverhältnisses bestehen immer nur Urteile der Menschen über die Normen. Es gibt in der konkreten Betrachtungsweise keinen „objektiven, absoluten rechtlichen Charakter" einer Entscheidung, sondern immer nur Urteile der Menschen über die Anwendung bestimmter abstrakter Normen. Bei der Klagerhebung z. B. behauptet der Kläger, ihm stehe ein Anspruch und ein Rechtsschutzanspruch zu. Das Gericht knüpft an diese Klagebehauptung an und setzt zu den einander widerstreitenden Urteilen des Klägers und des Verklagten sein eigenes Urteil. Dieses „Urteil" (im logischen Sinne) ist kraft der Autorität des Richterspruchs künftig innerhalb gewisser Grenzen als bindend anzusehen. Wird eine richterliche Entscheidung — sei es in Bezug aufs materielle oder formelle Recht — als „unrichtig", „gesetzwidrig" bezeichnet, dann setzt eben erneut eine juristische Würdigung ein, mag sie von einer Privatperson oder von einer Behörde ausgehen. Das Urteil des Privatmanns mag zutreffender sein, maßgebend im Rechtsleben ist allein das richterliche, und zwar solange, bis eine erneute richterliche Wertung eingesetzt hat.

Die bisherigen Ausführungen mögen nun vertieft werden. Erst dann wird es möglich sein, die Wurzer'sche Methode näher zu kennzeichnen und über ihre Berechtigung zu urteilen. Außerdem sollen die folgenden Darlegungen Grundlagen für die eigene Behandlung des Problems geben.

Die *Idee* des Prozesses soll aus dem Zweck des Prozesses abgeleitet werden. Der Zweck weist zwar über das Wesen hinaus, aber andererseits kann die Rechtswissenschaft letzten Endes nicht zweckfrei betrachtet werden. Der *Zweck* des Prozesses ist Bewährung des objektiven Rechts, des materiellen sowohl wie des Prozeßrechts. Seine Aufgabe ist die konkrete Gestaltung des materiellen Rechts durch die Anwendung und damit Gestaltung der Normen des formellen Rechts. Der Prozeß ist seinem innersten Wesen nach das Mittel zur Erreichung des Zwecks, er ist Verwirklichung einer konkreten Aufgabe, ist Tätigkeit, ist Entwicklung.

Er entfaltet sich infolge der Prozeßhandlungen der Parteien und des Gerichts und der fortwährenden Veränderungen der äußeren Verhältnisse zu immer wechselnden neuen Gebilden — tatsächlich wie rechtlich, materiell- wie prozeßrechtlich. Man mag den jeweiligen Zustand des Prozesses in einem bestimmten Augenblick als „prozeßrechtliche" oder „innerprozessuale Situation" (Stein) oder als „Prozeßlage" (Goldschmidt) oder als „Rechtslage" (Kohler) bezeichnen. Das Wesentliche ist der Gedanke, daß er nicht seelenloser maschineller Ablauf von „Prozeßstationen" ist, sondern organische, vom menschlichen Willen getragene Entwicklung. Der Prozeß ist ein dauerndes Werden und Vergehen von rechtlichen Möglichkeiten, bis schließlich eine mit Autorität ausgestattete „unparteiische" Stelle Halt gebietet und die letzte Prozeßhandlung setzt: das Urteil[8]).

Der Prozeß als Weg zur Erreichung des Ziels der Rechtsbewährung bedarf nun aber notwendigerweise einer äußeren Gestaltung: des Verfahrens. Zum Wesen des Prozesses gehört selbstverständlich eine übergeordnete Instanz, das von der Gemeinschaft bestellte unparteiische Organ: das Gericht. Diese allgemeine soziologische Ableitung der Wesensmerkmale erhält nun eine spezifisch juristische Charakterisierung, denn sowohl das Ziel wie der Weg sollen der „Gerechtigkeit" dienen. Die beiden unmittelbar aus dem Gedanken der Gerechtigkeit fließenden Forderungen: Rechtssicherheit und konkrete materielle Gerechtigkeit sollen nicht in jedem Einzelfall der Beurteilung des Richters unterworfen sein. Das Gesetz hat diese Abwägung der Interessen dem Richter abgenommen, indem es die *Rechtssätze* geprägt hat, die einen Ausgleich der beiden Prinzipien in der „Rechtmäßigkeit" einer Handlung darstellen.

Die *Idee* des Prozesses bedeutet sonach das rechtmäßige Verfahren zur rechtmäßigen konkreten Durchführung des objektiven Rechts durch ein dazu berufenes Organ. Das Wesen des Prozesses besteht aus diesen Elementen: als berufenes Organ das Gericht, als Ziel die Gestaltung des Rechts, als Mittel die Durchführung dieses Zwecks, die sogenannte „Rechtsverfolgung", als Form das Verfahren schlechthin, als spezifisch-juristischer Maßstab die Rechtmäßigkeit.

---

8. Vergl. *Goldschmidt*, a. a. O. S. 259: „Die prozessuale Rechtslage ist der Inbegriff der prozessualen Aussichten, Möglichkeiten, Lasten und Befreiungen von Lasten einer Partei."

Von der Idee des Prozesses ist — wie schon oben angedeutet — sein *realer Begriff* zu unterscheiden. Dem Prozeß mangelt es zuweilen an den Merkmalen der Idee; trotzdem bleibt er Prozeß, solange noch seine wesentlichen Begriffsmerkmale vorhanden sind. Fehlt es daran, so ist der Prozeß „ungültig", er ist ein Nichtprozeß. Die darin vorgenommenen Partei- und Richterhandlungen sind ebenfalls ungültig. Von den Elementen der Idee des Prozesses muß objektiv ein Verfahren vor einem dazu berufenen Organ gegeben sein, soll noch von einem Prozeß die Rede sein. Die übrigen Bestandteile brauchen dagegen nicht objektiv vorzuliegen. Es genügt der Anschein, als ob sie vorliegen, oder das Bewußtsein mindestens eines Beteiligten, daß sie vorliegen. Sauer [4]) formuliert den realen Begriff des Prozesses so: „Ein Prozeß ist (seinem realen Begriff nach) ein Verfahren, das in einer Rechtssache vor einem dazu berufenen staatlichen Organ — mindestens seinem Schein nach oder der Absicht eines Beteiligten gemäß — zur Durchführung des objektiven Rechts von einem gesetzlich tauglichen Beteiligten betrieben wird."

Der „fehlerhafte Prozeß" kann, von der eben behandelten „Ungültigkeit" abgesehen, „nichtig" („unwirksam") sein, wenn er sein Ziel: Rechtsvergewisserung und Vollstreckbarkeit nicht erreicht; er kann „unzulässig" sein, wenn es ihm an einer Prozeßvoraussetzung oder einer Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Einzelhandlung fehlt; er kann „unbegründet" sein, wenn es an den sachlichen (materiellen) Voraussetzungen mangelt. Auf den Begriff der „Rechtmäßigkeit" als prozeßrechtlicher Wertungsmaßstab, der von Goldschmidt [5]) und Beling [6]) als „nicht zur prozessualen, sondern zur materiell-rechtlichen Betrachtungsweise gehörig" abgelehnt wird, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Er stellt nach Sauer selbst eine den vier „reinen prozessualen" Wertungen übergeordnete Wertung dar, welche die Verbindung mit der Idee des Prozesses herstellen soll, die in jedem Prozesse verwirklicht werden soll. Der methodische und systematische Abschluß der „prozeßrechtlichen Betrachtung" wird dann bei Sauer durch Einbeziehung des „überprozessualen", „übergesetzlichen" Wertmaßstabes gegeben. U. E. ist die Sauersche Betrachtungsweise unter dem Gesichtspunkt der „Rechtmäßigkeit" noch eine prozessuale, nur allerdings keine „konkret-

---

4) Sauer, a. a. O. S. 57.
5) Goldschmidt, a. a. O. S. 368.
6) Beling, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissensch. (ZStW.) Bd. 42 S. 263 ff.

prozessuale", sondern eine „ideal-prozessuale", ihr Werturteil sagt nur etwas aus über das Verhältnis zwischen dem Prozeß, wie er ist, und wie er sein soll. Man mag das Werturteil der „Rechtmäßigkeit" seiner Herkunft nach als ein materiell-rechtliches ansehen, hier ist es jedenfalls in prozessualer Weise betrachtet. Versteht man unter „Prozeß" nur den Prozeß im „empirischen" (realen) Sinn, wie es Goldschmidt [7]) tut, dann fällt die „Rechtsmäßigkeit" als prozeßrechtliche Wertung weg, weil sie eben aus dem „metaphysischen" Begriff des Prozesses abgeleitet ist und das Spannungsverhältnis zwischen dem idealen und realen Begriff des Prozesses ausdrücken will.

Betrachten wir nach der Konstituierung des idealen und realen Begriffs die Aufgabe des Prozesses: die prozessuale Gestaltung des objektiven Rechts, dann wählen wir im Anschluß an Sauer die spezifische „konkretprozessuale Methode", die auf dem Entwicklungsgedanken im Prozesse beruht. Sie soll später angewandt werden . . .

Nunmehr läßt sich aber auch die von Wurzer eingeschlagene Methode charakterisieren. Wurzer hat die abstrakte materiell-rechtliche Methode gewählt. Er betrachtet die abstrakten Normen des materiellen und formellen Rechts als statische Gebilde ohne ihre dynamische Wirksamkeit, die sie im Prozeß erlangen. Und mit dieser starren Methode, die an die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts erinnert, will Wurzer prozeßrechtliche Probleme lösen! Denn das muß immer wieder betont werden: Die Frage nach der Anfechtbarkeit inkorrekter Entscheidungen ist eine *rein prozessuale*. Die Frage entsteht erst mit der falschen Rechtsanwendung durch den Richter. Gewiß: Rechtsnormen, Prozeßnormen sind verletzt. Aber darüber herrscht vom dogmatischen Gesichtspunkt aus volle Klarheit: Jede Entscheidung hat in abstracto einen bestimmten, vom Gesetz geregelten Charakter und danach *sollen* sich die Rechtsmittel richten. Für diese abstrakte Betrachtung besteht überhaupt kein Problem, denn aus der Gesetzesnorm erkennt man, was sein soll, allerdings nicht, was im konkreten Prozeß geschehen muß, um diesen Sollens-Zustand zu erreichen. Die Normen gelten, mögen sie richtig oder falsch angewandt worden sein, aber was gilt, wenn im konkreten fehlerhaften Prozeß das Recht nicht verwirklicht worden ist? Wurzer verkündet: Die Rechtsmittel müssen sich auch bei inkorrekten Entscheidungen nach dem „wahren Gehalt" der Entscheidung

---

7) Goldschmidt, a. a. O. S. 151.

richten, nach den Prozeßnormen, die für einen sachlichen Ausspruch dieser Art in dieser Prozeßlage vom Gesetz vorgesehen sind. Aber wie nun der „wahre rechtliche Charakter" der Entscheidung sich offenbaren soll, ohne daß er durch einen Subsumtionsschluß der Partei oder des Richters gewonnen wird, wird nicht verraten. *Das abstrakte Gesetz wendet sich nie selbst an.* Diese Selbstverständlichkeit muß hier ausgesprochen werden angesichts der Behauptung Wurzers, daß sich die Subsumtionsgewalt des Richters nicht auf die Prozeßnormen über die verschiedenen Entscheidungsarten erstrecken könne. — Was ist es anders als Subsumtionstätigkeit, wenn der Rechtsmittelrichter prüft, „ob das Rechtsmittel an sich statthaft ist?" Er untersucht das angefochtene Urteil daraufhin, ob es einen bestimmten rechtlichen Charakter aufweist. Genau dieselbe rechtliche Tätigkeit hat der Vorderrichter ausgeführt, als er für seinen sachlichen Rechtsspruch die passende Entscheidungsform suchte. *Wurzer hat mit der Aufstellung des Dogmas von der „beschränkten richterlichen Subsumtionsgewalt" sich selbst die allein richtige und fruchtbare prozessuale Betrachtungsweise abgeschnitten.* Weder aus dem Wortlaut des Prozeßgesetzes noch aus dessen Sinn ist eine solche Unterscheidung zu rechtfertigen. Seine Begründung aus der „Selbstbeaufsichtigung der Rechtsprechung durch den Prozeß" ist nicht schlüssig. Sie übersieht die einfache Tatsache, daß die Rechtsmittel immer nur — auch beim korrekten Verfahren — an ein menschliches, subjektives Urteil über den rechtlichen Charakter der Entscheidung gebunden werden können. Wurzer wollte durch sein Dogma die Schwierigkeit einer grundlegenden prozessualen Betrachtung umgehen; es konnte ihm nicht gelingen, *denn nur vom Standpunkt der immer wechselnden prozessualen Gestaltung des objektiven Rechts aus lassen sich die Vorgänge des praktischen Prozesses erfassen.*

Auch das andere Hilfmittel, sein spezifischer Urteilsbegriff, kann die Schwierigkeiten nicht lösen, die sich bei falscher Anwendung der Prozeßform durch den Richter ergeben. Zunächst kennt Wurzer — wie unten näher auszuführen sein wird — überhaupt nur den „abstrakten", „metaphysischen" Begriff des Urteils, der dem oben skizzierten idealen Begriff des Prozesses im wesentlichen entspricht. Er nimmt in seinen Urteilsbegriff alle gesetzlichen Merkmale und die Zweckbestimmung auf und bezeichnet jedes Gebilde, das diesem Begriff nicht entspricht, als ein Nichturteil. Er operiert mit diesem Begriff, um bestimmte, sich aus der Rechtsanwendung ergebende Mängel zu beseitigen. Denn er

will nicht bloß eine abstrakte Betrachtung der Rechtsnormen über die Rechtsmittelgewährung geben, sondern in die Rechtsanwendung herabsteigen: Er empfiehlt der Partei, ein „Nichturteil" nicht zu beachten, sondern den Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens zu stellen. Insofern gibt er praktisch der Partei doch eine entscheidende Subsumtionsgewalt, die er dem Instanzrichter versagt. Die Partei soll die Nichturteils-Qualität feststellen, und der Richter soll diesen Schluß nachprüfen. Insofern gibt er dem Richter doch wieder die Subsumtionsgewalt über Prozeßrechtsnormen. — Wir erkennen die Notwendigkeit, einen empirischen Urteilsbegriff aufzustellen. Es mag hier außerdem hervorgehoben werden, daß selbst der „ideale" Urteilsbegriff Wurzers Elemente enthält, die sich nicht als Urteilsmerkmale, sondern Urteilswirkungen darstellen, z. B. die Instanzerledigung [8]).

Da sein Urteilsbegriff nur aus der Idee des Prozesses entnommen ist, läßt er sich nicht auf den konkreten realen Prozeß anwenden. Ein einziges Mal wählt er den richtigen Standpunkt: bei der Frage nach der Gültigkeit von Urteilen, die während der Unterbrechung des Verfahrens ergangen sind. Hier umschreibt er den „realen" Begriff des Urteils mit dem Ausdruck, „die Macht der Tatsachen bewirke . . ." Er wird dazu veranlaßt, weil ihn das Ergebnis seiner angewandten Theorie nicht befriedigen kann.

Nach der Feststellung der falschen Methode erübrigt es sich, auf den Urteilsbegriff Wurzers näher einzugehen. Es wird im zusammenhängenden Aufbau der eigenen Meinung noch machmal Gelegenheit sein, die Ansichten Wurzers kritisch zu streifen. Seine Theorie ist, soweit sie sich auf das vorliegende Problem bezieht, u. E. im Kernpunkt als unrichtig gekennzeichnet, ihre Unbrauchbarkeit für die praktische Rechtsanwendung und ihre unbilligen Ergebnisse sind damit erklärt.

Gleichzeitig erwächst mit der Ablehnung seiner Betrachtungsweise unsere *Aufgabe,* eine konkretprozessuale Methode anzuwenden.

b) Fortsetzung der Grundlegung. Elemente zum Aufbau.

Der Prozeß dient der Konkretisierung des objektiven Rechts durch prozessuale Rechtsgestaltung. Diese besteht in einer richterlichen Subsumtion von Tatsachen unter Rechtssätze. Die zu

8) Vgl. J. W. Planck Lb. I, 476; Kriegsmann, a. a. O., S. 464; Hein, a. a. O. I S. 323.

gestaltende Norm kann dem materiellen wie dem Prozeßrecht angehören. Jede richterliche Entscheidung gestaltet in autoritativer Weise die materielle Rechtslage wie die Prozeßlage einer Partei [9]). Die logischen Subsumtionsschlüsse des Richters aus Tatbestand und materiellem Rechtssatz erlangen überhaupt erst dadurch Geltung, daß sie „im Prozeß" ausgesprochen werden. Die Voraussetzungen und Wirkungen des Richterspruchs bestimmen sich daher ausschließlich nach prozeßrechtlichen Normen. Es ist also — wie hier nochmals hervorgehoben werden mag — unrichtig, wenn Wurzer eine Unterscheidung aufstellt zwischen dem Subsumtionsirrtum bei Anwendung von materiellen Rechtssätzen und dem Irrtum über die Voraussetzungen und Wirkungen von Prozeßnormen. Der Irrtum kann beide Normkategorien erfassen. In jedem Falle liegt eine „Gesetzesverletzung" vor. Daß dies die richtige Meinung ist, ergibt sich auch aus dem Wortlaut des § 550 ZPO.: Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. Außerdem sind im § 551 ZPO. ausdrücklich „Verfahrensverletzungen" aufgezählt.

In diesem Zusammenhang ist auf einen fundamentalen Unterschied zwischen materiellem und Prozeßrecht hinzuweisen, den Wurzer nicht erkannt hat. Das Prozeßrecht knüpft an die „Prozeßlage", die hier durch eine Richterhandlung geschaffen wird, prozessuale Rechte und Pflichten, die u. U. von größerer praktischer Bedeutung sein können als der materielle Anspruch. Dagegen ist die rechtliche Charakterisierung eines Vertrages durch die Vertragsparteien unmaßgeblich, wenn sie im übrigen ihre Rechte und Pflichten im Vertrag genau normiert haben. Die rechtliche Charakterisierung ist nur insoweit von Bedeutung, als damit ein generell gesetzlich geregelter Komplex von Rechten und Pflichten bezeichnet wird, der in den Vertrag mitaufgenommen werden soll. Aber es ist nicht so wie im Prozeßrecht, daß schon allein an die Charakterisierung gegenseitige Rechte und Pflichten gebunden wären. Was für Rechte sollen es auch sein, da andere als materielle Rechte eben nur im Prozeß entstehen können? Aus diesem Grunde ist die oben erwähnte Parallele Wurzers zwischen dem materiellen und formellen Recht verfehlt. —

Wie wir schon einige Male ausgeführt haben, muß der „Richterspruch" Ausgangspunkt für die Behandlung unserer Frage sein. Er sei nun nach seiner allgemeinen Seite hin als

---

9) Vgl. Werner, oben i. Text S. 25 a. E.

Willenserklärung und in seiner besonderen Bedeutung als Prozeßhandlung untersucht.

Der Richterspruch ist prozessuale Willenserklärung. Im Prozeßrecht finden sich keine allgemeinen Lehren über Willenserklärungen. Man muß prüfen, ob die zivilrechtlichen Grundsätze auf die prozeßrechtliche Erklärung angewandt werden können. Im Zivilrecht gilt die „Erklärungstheorie", d. h. eine Erklärung wird im Rechtsleben nach dem in ihr ausgedrückten verkehrsmäßigen Sinn beurteilt[10]), nicht nach dem zu erforschenden inneren Willen der erklärenden Person. Im Prozeßrecht muß ebenfalls die „Erklärungstheorie"[11]) angewandt werden. Die methodische und systematische Begründung für diesen Grundsatz kann hier nicht gegeben werden[12]). Es seien zwei praktische Gesichtspunkte hervorgehoben, die für sie sprechen: die Verkehrssicherheit und der Vertrauensschutz.

Von diesem Standpunkt aus muß man sich gegen eine Theorie wenden, die eine richterliche Willenserklärung in zwei sich widersprechende Teile spalten will, in die Aeußerung des „inneren Willens" des Richters und die Erklärung des „sachlichen Inhalts". Entweder man ermittelt den „erklärten, verkehrsüblichen Sinn" der Erklärung, oder man unterzieht den Tatbestand, auf Grund dessen der Richterspruch erging, einer erneuten juristischen Würdigung. Das ist dann keine „Auslegung" der Willenserklärung mehr, sondern eine neue Willenserklärung des Beurteilers. Der Wille des erkennenden Gerichts und der materielle Inhalt seiner Entscheidung ist zu identifizieren. Es muß unterstellt werden, daß sich Wille und Erklärung des Richters decken[13]). Ein zwischen dem gewollten und bekundeten rechtlichen Willensinhalt bestehender Widerspruch kann bei gerichtsbindenden Entscheidungen nur dadurch beseitigt werden, daß eine höhere Instanz den Spruch ändert. Bei einem frei abänderlichen Richterspruch kann der Richter selbst die Einheit herstellen. Solange die Entscheidung aber nicht geändert worden ist, wird ihre rechtliche Wirkung nur durch den objektiven verkehrsmäßigen Sinn bestimmt, der aus Tenor,

10) Vgl. den oben bei der Darstellung der Wurzerschen Ansicht hervorgehobenen Satz: „Maßgebend ist die Entscheidung, wie sie losgelöst von jeder menschlichen Persönlichkeit in die Erscheinung tritt . . ."

11) Lit. zit. bei Sauer, a. a. O. S. 172, 464.

12) Es sei verwiesen auf: Hein, a. a. O. I S. 17 ff.; Walsmann, a. a. O. S. 1 ff.

13) So auch: Kracht, a. a. O. S. 387; a. A. Werner, a. a. O. S. 589; Koeßler, a. a. O. S. 175, 197.

Tatbestand und Begründung festzustellen ist. Wenn eine „offenbare Unrichtigkeit" vorliegt, kann der Richter jederzeit von sich aus berichtigen (§ 319 ZPO.). Auf Antrag der Partei können Dunkelheiten oder Widersprüche im Tatbestand richtiggestellt werden (§ 320 ZPO.). Die Willenserklärung im Prozeßrecht hat nun die Besonderheit, daß sie grundsätzlich nicht, wie die des Privatrechts, wegen eines Irrtums in der Erklärung angefochten werden kann. Aber um einen solchen Irrtum handelt es sich gar nicht, wenn der Richter eine Entscheidung mit einer — vom objektiven Recht aus gesehenen — falschen Charakterisierung versehen hat. Dieser Irrtum entspricht dem „Motivirrtum" des Zivilrechts, der natürlich auch im Prozeßrecht ganz unbeachtlich ist.

In der Regel ist jeder richterlichen Willenserklärung ein einheitlicher Sinn zu entnehmen, auch in den Fällen der inkorrekten Entscheidungen. Wenn in ihr tatsächlich ein unlösbarer Widerspruch enthalten ist, wenn also z. B. für die Partei zweifelhaft ist, ob der Richter ein Zwischenurteil nach § 303 oder § 304 ZPO. erlassen hat, dann bleibt eben dieser Widerspruch zunächst bestehen. Wir werden sehen, wie er weiter zu behandeln ist. Jedenfalls kann die Richtererklärung deshalb nicht einfach als nicht vorhanden angesehen werden, wie es bei einer privatrechtlichen Willenserklärung der Fall ist. Das folgt aus ihrem Begriff als autoritativem Staatsakt. —

Der Richterspruch ist weiter *Prozeßhandlung.* Auch hier ist, wie oben ganz allgemein ausgeführt wurde, zwischen der Idee und dem realen Begriff zu unterscheiden, mit anderen Worten zwischen dem Wesen und den notwendigen Begriffsmerkmalen einer Prozeßhandlung.

Am meisten interessiert hier der „Urteilsbegriff", und zwar besonders der „konkretprozessuale" [14]). Auch an die Prozeßhandlung lassen sich die prozessualen Wertungen Sauers herantragen: die Frage nach den Merkmalen behandelt die Gültigkeit, die nach den Voraussetzungen die Zulässigkeit, die nach dem Zweck die Wirksamkeit und die nach dem materiellen Rechtsgrund ihre Begründetheit. Die Frage nach den wesentlichen Merkmalen handelt von der Existenz der Entscheidung überhaupt. Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, sich mit diesem Problem des Urteils

14) Hein, a. a. O. I, S. 295 ff. nennt ihn den „prozessual-technischen" oder „positivrechtlichen" Urteilsbegriff. Der letzte Ausdruck scheint uns irreführend zu sein. Gemeint ist der konkretprozessuale im Gegensatz zum „idealen", „metaphysischen" Urteilsbegriff.

oder Nichturteils auseinanderzusetzen [15]). Das ist ein Thema für sich, denn es gibt kaum zwei Schriftsteller, die denselben Urteilsbegriff verwenden. Und dabei ist das Urteil eine der sinnfälligsten Erscheinungen des gesamten Rechtslebens! Eine große Reihe Schriftsteller kennt überhaupt nicht die Scheidung des metaphysischen (abstrakten) und empirischen (konkretprozessualen) Urteilsbegriffs. Sie beschreiben nur das Urteil, wie es nach der Zivilprozeßordnung sein soll. Sie können uns deshalb in einem Problem der fehlerhaften Rechtsanwendung nicht weiterhelfen. Mit ihrer Hilfe kann man immer nur die Feststellung treffen, daß die vorliegende Entscheidung nicht prozeßordnungsgemäß ergangen sei. Andere Schriftsteller vermengen den Begriff des „Nichturteils" mit dem des „nichtigen Urteils", oder sie lehnen letzteren überhaupt ab. Es ist auch nicht nötig, diese Frage hier eingehend zu behandeln, denn daß wegen falscher Anwendung der prozeßrechtlichen Entscheidungsnormen ein „Nichturteil" vorliegt, ist außer von Wurzer noch von keinem Schriftsteller behauptet worden; und auch Wurzer gelangt zu diesem Schluß nur auf Grund der oben als falsch erkannten Methode, die jene abstrakten Begriffe auf die fehlerhaften Prozeßentscheidungen direkt anwenden will, ohne irgend eine durch die Subsumtion sich ergebende Abweichung vom Sein-sollen zuzulassen. — Soweit also die Begriffsbestimmung über das Urteil keinen Unterschied macht zwischen der Idee und dem realen Begriff — und das tun die meisten Schriftsteller [16]) — scheidet sie für unsere Betrachtung aus. Denn die Prozeßentscheidungen sind mit konkret-prozessualen Begriffen zu messen und nach prozessualen Gesichtspunkten zu behandeln.

Ein konkretprozessualer Urteilsbegriff wird nun von Hein [17]) aufgestellt: ein Urteil ist eine vom Gericht als Urteil bezeichnete rechtliche Aussage über ein bestimmtes Prozeßrechtsverhältnis [18]). Auch die im Widerspruch zu klaren gesetzlichen Vorschriften als Urteil bezeichnete Entscheidung ist danach ein Urteil kraft des zum Ausdruck gekommenen Willens des Gerichts.

---

15) Die einschlägige Literatur ist aus unserer Zusammenstellung der benutzten Bücher und Zeitschriften leicht herauszufinden.

16) Kurze Zusammenstellung bei Wurzer: Nichturteil und nichtiges Urteil, S. 182 ff.

17) Hein, a. a. O. Bd. 1 S. 295 ff.

18) Zwiespältig: Hellwig, System I S. 555: „Ein Zivilurteil liegt vor, wenn es von einer Behörde, die Urteilsgewalt besitzt, ausgeht, und wenn es der äußeren Erscheinung nach ein Urteil sein *will* und nach der Art seines Inhalts sein *kann*."

Der Urteilszweck der Instanzbeendigung (beim Endurteil), der Vorabentscheidung über den Grund (beim Zwischenurteil nach § 304 ZPO.) wird damit aus der Begriffsbestimmung des empirischen Urteils ausgeschieden. Der empirische Begriff des „Beschlusses" läßt sich analog aufstellen. Diese Begriffsbestimmung fügt sich auch in die bisherigen Ergebnisse der konkret-prozessualen Betrachtungsweise ein: Die abstrakten Normen über die richterlichen Entscheidungsarten werden ebenso wie die materiellen Rechtssätze von der Subsumtion des Richters ergriffen und im Prozeß gestaltet. Trotz fehlerhafter Subsumtion ist die Prozeßhandlung des Richters *gültig*, d. h. rechtlich vorhanden, da sie die notwendigen Begriffsmerkmale aufweist [19]).

Da die Rechtsmittel an das *Vorhandensein* einer Entscheidung bestimmter Art anknüpfen, brauchen die übrigen prozessualen Wertungen nur kurz gestreift zu werden: Die oben charakterisierten Urteile, die unter Verletzung der gesetzlichen Vorschriften (Voraussetzungen) ergangen sind, sind zwar gültige, aber unzulässige Prozeßakte. Die sachliche Entscheidung ist nicht in der richtigen Form oder als der vom Gesetz vorgesehene Typus ergangen. Diese Mängel ziehen bei den verschiedenen Prozeßhandlungen verschiedene Wirkungen nach sich. Die unzulässigen Entscheidungen sind in der Regel anfechtbar, weil die Anfechtbarkeit nach dem Gesetz lediglich die Existenz einer bestimmten Entscheidungsart zur Voraussetzung hat. Die inkorrekten Entscheidungen sind jedoch nicht unwirksam, denn es fehlt ihnen nicht an einem Zweck. Der Zweck ist auf Prozeß-

---

19) Vergl. *Wach* in: Urteilsnichtigkeit, Rhein.Z. 3. Jahrg., S. 388: „Das Rechtsmittel ist dazu bestimmt, solche „Scheinurteile" aus der Welt zu schaffen. Der Begriff des „Urteils" in § 511 und § 545 u. a. ZPO. ist der empirische, nicht der metaphysische Begriff, m. a. W.: nicht das Urteil, welches seiner Idee nach den gesetzlichen Anforderungen adäquat ist, sondern welches als Urteil auftritt, vom Richter als solches gewollt ist . . . Aehnlich wie die Existenz der Klage und die Möglichkeit der Entscheidung über sie nicht danach bestimmt ist, ob sie den Gesetzesanforderungen (§253 ZPO.) entspricht oder fehlerhaft ist . . ."

Kohler, ZfdZp. Bd. 33 S. 215: „Denn nicht das vorhandene Recht, sondern die richterliche Ueberzeugung von dem vorhandenen Recht ist das das Urteil Bestimmende."

Groß, ZfdZp. Bd. 46 S. 131: „. . . denn das Rechtsmittel wird eingelegt gegen den Tatbestand, der als eine mit diesem Rechtsmittel angreifbare Entscheidung auftritt, der auf den ersten Blick das, was er zu sein behauptet, zu sein scheint. Ob er es wirklich ist, das kann nur das Rechtsmittelgericht aussprechen . . ."

entwicklung gerichtet. Er liegt bei jenen Entscheidungen z. B. darin, daß sie einen bestimmten Prozeß ganz oder zum Teil erledigen wollen. Unwirksame Entscheidungen sind unbeachtlich, sie bedürfen nicht der Anfechtung und Aufhebung. Von diesem Gesichtspunkt aus löst Sauer [20]) die Frage nach dem Bestand eines Urteils, das während der Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens erging: Es sei gültig, aber unwirksam und brauche nicht angefochten zu werden. Wir halten es für gültig, aber für unzulässig, da es die gesetzlichen Voraussetzungen eines zulässigen Verfahrens verletzt. Es muß angefochten werden und ist nicht ipso iure unbeachtlich. Ob die inkorrekten Entscheidungen schließlich auch in Bezug auf ihren materiellen Rechtsausspruch unbegründet sind, interessiert hier nicht.

Nach den bisherigen Ausführungen können wir *zusammenfassend* sagen: Eine richterliche Entscheidung, die nach ihrem verkehrsüblichen Sinn ein Urteil, und zwar ein solches bestimmter Art sein will, z. B. ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. oder ein Versäumnisurteil, ist für die Rechtsanwendung ein solches Urteil, auch wenn es nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht ergehen durfte, und äußert dessen Wirkungen, solange es nicht von einem Richter aufgehoben oder abgeändert worden ist. Diesem Satz läßt sich ein anderer anfügen: Eine Entscheidung ist für die Rechtsanwendung ein Beschluß, wenn sie nach ihrer Erklärung ein Beschluß sein will. Denn es muß in der Tat auf diesen Erklärungswillen abgehoben werden, weil — wie schon oben ausgeführt ist — im konkreten Rechtsleben ein Beschluß nicht so scharf von einem Urteil gtrennt werden kann, wie es in der Dogmatik möglich ist. Die „Gründe" des Beschlusses können sehr leicht mit „Tatbestand und Gründen" des Urteils verwechselt werden. Auch die äußere Form ist kein zwingendes konkretes Merkmal. Die in § 313 ZPO. aufgestellten Erfordernisse für das „ideale" Urteil können sehr wohl auch alle bei einem Beschluß vorhanden sein, ohne daß die Entscheidung aufhört, ein Beschluß zu sein, wenn sie sich nur sonst als Beschluß zu erkennen gibt. Außerdem gibt es ja auch Fälle, wo dieselbe sachliche Entscheidung in Form eines Urteils oder eines Beschlusses ausgesprochen werden kann (z. B.: bei der Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig: §§ 519 b, 554 a ZPO.; beim Arrest und bei den einstweiligen Verfügungen: §§ 922, 936 ZPO.). Nicht immer ist aus der Entscheidung selbst ersichtlich, ob eine mündliche Verhandlung vorange-

20) Sauer, a. a. O. S. 464.

gangen ist, und schließlich braucht die Partei, wie schon oben dargelegt ist, die Verfahrensvorschriften nicht zu kennen. Sie kann sich auf die „Erklärung" des Richters verlassen. Ein praktisches Beispiel mag dies erhärten: die „Beschlüsse in Aufwertungssachen" unterscheiden sich nur durch die Bezeichnung von einem „Urteil". Sie enthalten Formel, Tatbestand und Gründe.

Die beiden eben hervorgehobenen Sätze lassen sich nun dahin verallgemeinern: *eine Entscheidung hat im praktischen Rechtsleben denjenigen Charakter, der ihr vom Richter verliehen worden ist und der bei verkehrsmäßiger Betrachtung durch einen Normalmenschen*[21]*) herausgelesen werden muß.*

Dieses Ergebnis mag noch durch einige dogmatische und praktische Erwägungen verdeutlicht und erhärtet werden:

Es ist eine spezifisch prozessuale Betrachtungsweise, wenn an Prozeßhandlungen, zunächst ohne Rücksicht auf deren gesetzliche Zulässigkeit oder Begründetheit, Prozeßwirkungen geknüpft werden. Es sei an die Klagerhebung erinnert. Auch eine offenbar unbegründete Klage, die noch nicht einmal alle Erfordernisse des § 253 ZPO. aufweist, sich aber als „Klage" zu erkennen gibt und als solche auftritt, eine solche sein will und auch gewissen Minimalerfordernissen (Bezeichnung des Gerichts, der Parteien und des Klagantrags) genügt, löst die Handlungspflicht des Richters aus. Er kann sie nicht deshalb unbeachtet lassen und die Terminsbestimmung verweigern, weil sie nicht „schlüssig" begründet ist, oder sie durch Beschluß zurückweisen, sondern er muß den Weg wählen, der für eine „zulässige" Klage vorgeschrieben ist, also mündliche Verhandlung anberaumen und gegebenenfalls die Klage als unzulässig zurückweisen.

Von diesem Gesichtspunkt aus ordnet sich auch unsere Ansicht systematisch ein, die wir bei der Behandlung der „prozeßhindernden Einreden" (§ 275 ZPO.) eingenommen haben. Eine „als prozeßhindernde Einrede auftretende" Einrede ist nach dem Verfahren des § 275 ZPO. zu behandeln. Allerdings wird man uns entgegenhalten: der Richter soll nicht über Rechtsbehauptungen der Partei, sondern über das von ihr vorgebrachte Tatsachenmaterial urteilen. Aber das ist nur eine formale, äußerliche Betrachtung, denn letzten Endes werden alle Tatsachen im Prozeß nicht in sinnlosem Durcheinander eingeführt, sondern durch Prozeßhandlungen in einem sinnvollen Zweckzusammenhang

21) Sehr interessante Ausführungen über das noch ganz unbearbeitete, aber hochaktuelle Thema finden sich bei *Sauer*, a. a. O. S. 16, 29, 72 ff., 75, 77 und bei Carl *Schmitt*, Gesetz und Urteil, S. 86 ff.

geltend gemacht. Und darüber, ob diese Tatsachen geeignet sind, eine erstrebte Rechtsfolge zu begründen, soll der Richter entscheiden. In diesem Sinne wird neben die Beurteilung der Parteien das autoritative Urteil des Richters gesetzt. Durch die Prozeßhandlungen der Parteien wird eine „innerprozessuale Situation" geschaffen, durch die auch für das Gericht eine Pflicht entsteht, in bestimmter Richtung tätig zu werden. So ist auch der Erlaß eines richterlichen Urteils, das als ein „Versäumnisurteil" oder als „Urteil nach § 304 ZPO." auftritt, als eine Prozeßhandlung anzusehen, die eine bestimmte „Situation" schafft, die z. B. für die anderen Prozeßsubjekte (die Parteien) die Handlungslast erzeugt, entweder das Urteil mit dem für eine Entscheidung dieser Art bestimmten Rechtsmittel anzufechten oder das Urteil rechtskräftig werden zu lassen.

Daß eine richterliche Entscheidung zunächst, bis zu ihrer Abänderung, den rechtlichen Charakter besitzt, den sie sich nach ihrer eigenen Erklärung beilegt, erhellt auch aus dem praktischen Rechtsleben: Der Gerichtsschreiber, der die Vollstreckungsklausel erteilt, kann sich nur auf die Willenserklärung des Richters verlassen, wenn er die Unanfechtbarkeit und die Rechtskraft prüft. Er kann unmöglich die Entscheidung auf ihren „sachlichen Gehalt" hin untersuchen und eine der richterlichen Erklärung entgegenstehende Auffassung vertreten. *Die richterliche Entscheidung gilt im Rechtsleben als eine solche, die sie zu sein vorgibt.*

c) Die Entwicklung der Lösung aus der Billigkeit, ihre praktische Bewährung und dogmatische Rechtfertigung.

Wir haben die Ergebnisse einer konsequent durchgeführten objektiven Theorie und die einer reinen subjektiven Theorie kennengelernt. Man wird vom Standpunkt der Billigkeit aus der Sowohl-als auch-Theorie den Vorzug geben. Ehe eine dogmatische Begründung für ihre Entscheidungsgrundsätze gegeben wird, mögen nochmals die Billigkeitsgründe und rechtlichen Gesichtspunkte hervorgehoben werden, die für unsere Theorie die Richtungspunkte abgeben sollen: Fehler des Gerichts dürfen niemals zu Lasten der Parteien gehen. Für den dem Richter vorgelegten materiellen Streitstoff sind die Parteien verantwortlich, für das Prozeßverfahren ist es allein der Richter. Durch formellrechtlich falsche Behandlung der Sache darf der Partei niemals ein ihr nach dem Gesetz zustehender Instanzenzug

abgeschnitten werden. Der Partei können bessere Rechtskenntnisse, als sie der Instanzrichter besitzt, nicht zugemutet werden. Es kann von ihr nicht verlangt werden, daß sie den „wahren sachlichen Gehalt" der Entscheidung erforsche. Er ist ja doch nur das ebenfalls der Irrtumsmöglichkeit unterworfene Subsumtionsergebnis des Rechtsmittelgerichts, das als Kollegialgericht seine Entscheidung durch Mehrheitsbeschluß fällt.

Aus diesen Erwägungen heraus gelangt man etwa zu folgender von der Billigkeit erwünschten Regelung: Es ist das Rechtsmittel statthaft, das der erkennbar gewollten Entscheidungsart entspricht, wie auch dasjenige, das der Entscheidung entspricht, für die die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben waren. Die Partei muß also dem vom Instanzrichter eingeschlagenen unrichtigen Weg zunächst folgen können, sie muß aber auch berechtigt sein, den richtigen Weg zu gehen, ohne daß ihr irgendwelche Rechtsnachteile erwachsen. Gibt die angefochtene Entscheidung hinsichtlich der Wahl des Rechtsmittels zu berechtigten Zweifeln Anlaß — das ist eine Ermessensfrage —, so ist die Frage der Zulässigkeit des Rechtsmittels grundsätzlich im Sinne einer Bejahung des eingelegten Rechtsmittels zu beantworten[22]). Die sich ergebende zwiefache Anfechtungsmöglichkeit soll aber nur ganz formalen Charakter haben. Der Rechtsmittelrichter hat die Pflicht, das fehlerhafte Verfahren sofort wieder in die rechte Bahn zu leiten.

Das ist der erstrebte Erfolg. Läßt er sich mit der positiven Rechtsordnung erreichen? Die folgenden Untersuchungen sollen den Nachweis für die Bejahung dieser Frage erbringen. Es mag vorweggenommen werden, daß wir auch hier die Methode der konkret-prozessualen Betrachtung einschlagen werden und die Lösung, die wir im engsten Anschluß an die Bedürfnisse des Rechtslebens wählen werden, als Ergebnis teleologischer und sinngemäßer Auslegung der Rechtsmittelvorschriften gewinnen.

Vorerst erscheint es zweckdienlich, die teilweise nicht ganz leicht zu verstehende positive Regelung des Verfahrens für die Rechtsmittel (Berufung, Revision, Beschwerde) und für den Einspruch zu skizzieren:

Gemeinsam ist den hier in Frage kommenden Rechtsbehelfen das Zulässigkeits-Prüfungsverfahren durch das Rechtsmittelge-

22) Vgl. Goldschmidt, a. a. O. S. 502 ff. u. Anm. 2656. Die weitgehende Zulässigkeit des Rechtsmittels folge daraus, daß die ipso iure-Nichtigkeit für die Rechtssicherheit in hohem Grade unerwünscht sei — eine Billigkeitserwägung, aber keine dogmatische Begründung.

richt[23]). Im folgenden möge die Zulässigkeitsprüfung mit „formellem Berufungs- bezw. Revisionsverfahren" und die Prüfung der Begründetheit des Rechtsmittels mit „materiellem Berufungs- bezw. Revisionsverfahren" bezeichnet werden. Der Rechtsmittelrichter hat also stets von Amtswegen zu prüfen, ob das Rechtsmittel „an sich" statthaft ist. Das *Einspruchsverfahren* besteht nur in der Nachprüfung der formellen Zulässigkeit des Einspruchs. Es gibt keine sachlichen Voraussetzungen, die den Einspruch „begründet" oder „unbegründet" erscheinen lassen. In der notwendigen „mündlichen Verhandlung über den Einspruch und die Hauptsache" (§ 340 a ZPO.) wird die Zulässigkeit geprüft. Das Gericht kann sie sofort durch Zwischenurteil (nach § 303 ZPO.) bejahen oder die Entscheidung darüber dem späteren Endurteil vorbehalten. Ist ein Einspruch zulässig, so wird das Versäumnisurteil dadurch nicht aufgehoben, selbst seine vorläufige Vollstreckbarkeit bleibt zunächst bestehen, bis sie durch Gerichtsbeschluß beseitigt wird (§§ 719, 707 ZPO.). Der Prozeß geht aber weiter, als wäre das Versäumnisurteil nicht ergangen. Beim Endurteil ist dann auszusprechen, daß das Versäumnisurteil aufrechterhalten oder aufgehoben werde. — Das *„formelle Berufungs- und Revisionsverfahren"* ist in gleicher Weise geordnet. Der Rechtsmitttelrichter hat u. a. zu prüfen, ob überhaupt eine rechtsmittelfähige Entscheidung angegriffen wird. Es steht in seinem pflichtmäßigen Ermessen, ob er durch Beschluß das Rechtsmittel für unzulässig erklärt oder — bei Zweifeln an der Zulässigkeit — mündliche Verhandlung anberaumt und entweder durch Endurteil das Rechtsmittel als unzulässig verwirft oder durch Zwischenurteil nach § 303 ZPO. die Zulässigkeit des Rechtsmittels feststellt oder endlich nach Bejahung der Zulässigkeit zunächst ohne ausdrücklichen Beschluß über die materielle Begründetheit der Berufung oder Revision weiter verhandelt und die Feststellung der Zulässigkeit im Endurteil gibt. Es muß betont werden, daß diese zunächst fakultative mündliche Verhandlung keine „abgesonderte Verhandlung über die Zulässigkeit" des Rechtsmittels, sondern zugleich eine obligatorische Verhandlung über die Berufung selbst ist, die nur durch ein Urteil enden kann, wenn anders das Rechtsmittel nicht zurückgenommen wird. Bleibt eine Partei aus, so kann nämlich auf Antrag der anderen Partei Versäumnisurteil ergehen. Es besteht also keine strenge Cäsur

---

23) Vgl. § 341 ZPO. (Einspruch), § 519 b ZPO. (Berufung), § 554 a ZPO. (Revision), § 574 ZPO. (Beschwerde).

zwischen einem Vorverfahren und einem Hauptverfahren, sondern nur ein einheitliches Berufungs- und Revisionsverfahren. —

Nachdem sich die *Beschwerde* vor dem eigentlichen Beschwerdegericht befindet — vorher kann bei einfacher Beschwerde der Instanzrichter seine Entscheidung abändern — ist ebenfalls die Zulässigkeit zu prüfen. Die Prüfung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen (§ 575 ZPO.). Bei Zweifeln über die Zulässigkeit wird der pflichtmäßig handelnde Richter entweder schriftliche Erklärung der Partei oder mündliche Verhandlung anordnen. Diese fakultative mündliche Verhandlung endet in der Regel mit Beschluß. Wichtig erscheint noch die Bestimmung des § 575 ZPO.: Wird die Beschwerde für begründet erachtet, so kann das Beschwerdegericht dem Gericht oder dem Vorsitzenden, von dem die beschwerende Entscheidung erlassen war, die erforderlichen Anordnungen übertragen. —

Das *„materielle Berufungsverfahren"* ist gesetzlich wesentlich anders geregelt als das *„materielle Revisionsverfahren"*. Das Berufungsgericht hat von Amtswegen die „wesentlichen Mängel des Verfahrens" zu prüfen, ohne daß sie von den Parteien gerügt sind. Es kann unter Aufhebung des Urteil und des fehlerhaften Verfahrens die Sache an das Instanzgericht zurückverweisen, ohne daß die Parteien einen dahingehenden Antrag gestellt haben („freie Rügepflicht" des Berufungsgerichts; § 539 ZPO.). Ein „wesentlicher Mangel des Verfahrens" liegt z. B. dann vor, wenn durch die Gesetzesverletzung des ersten Richters und die Nichtzurückverweisung in der Rechtsmittelinstanz die Partei einer ordnungsmäßigen Instanz verlustig ginge. Hierher gehören weiter die Fälle, daß ein Endurteil ohne Entscheidungsreife oder als sog. „hinkendes" Eidesurteil oder als Teilurteil ergeht, ferner, daß ein Vorbehaltsurteil (§ 302 ZPO.) oder eine Vorabentscheidung nach § 304 ZPO. ohne die prozessualen Bedingungen ihrer Zulässigkeit ergeht, endlich auch der Fall, daß ein Urteil den eigentlichen Inhalt seiner Entscheidung im Unklaren läßt[24]). — Anders ist das *„materielle Revisionsverfahren"* beschaffen. Es stellt zwar für die Partei ein Rechtsmittel dritter Instanz dar, einen Rechtsbehelf zur Beseitigung eines ihr ungünstigen Urteils, aber es dient gleichzeitig dem Zweck, die Rechtseinheit im Deutschen Reiche durch einheitliche Rechtsprechung herzustellen und zu erhalten. Aus diesem Gesichtspunkt heraus kann der Prozeß mit der Revision nur nach der rechtlichen, nicht nach der tatsächlichen Seite hin aufgerollt

24) Stein-Jonas, a. a. O. § 539 Anm. I, III.

werden. Wegen der dauernden Arbeitsüberlastung des Reichsgerichts als einzigem Revisionsgericht fürs gesamte Reich ist durch die Novelle von 1905 der Begründungszwang der Partei eingeführt worden (§ 554 ZPO.). Das Revisionsgericht hat hinsichtlich der Verfahrensmängel, von geringen, hier nicht weiter interessierenden Ausnahmen abgesehen, keine allgemeine Prüfungspflicht und auch kein Prüfungsrecht mehr (wie das Berufungsgericht). Verfahrensmängel sind nur dann zu prüfen, wenn sie der Revisionskläger in der Revisionsbegründungsschrift oder der Anschlußrevisionskläger in der Anschlußrevisions-Begründungsschrift ausdrücklich gerügt hat (§ 559 ZPO.). Das Reichsgericht kann offensichtliche Verfahrensmängel, die von den Parteien nicht rechtzeitig in der Begründungsschrift gerügt worden sind, nicht zur Aufhebung des Urteils verwenden. Unter diesen Mängeln befinden sich auch die oben bei dem Berufungsverfahren als „wesentliche Verfahrensmängel" gekennnzeichneten. —

Versucht man nun, den Sowohl-als auch-Standpunkt mit Hilfe dieser Grundsätze des korrekten Verfahrens bei den inkorrekten Entscheidungen durchzuführen, dann wird man an einen Punkt gelangen, wo das Gesetz — allerdings nur scheinbar — versagt. Diese Schwierigkeit soll zunächst mit einer praktischen Entscheidung und einer kurzen theoretischen Begründung überwunden werden. Erst nachdem sich der praktische Entscheidungsvorschlag an einer Reihe von systematisch zusammenhängenden Fällen bewährt hat, soll er als eigene Theorie formuliert und einer genaueren dogmatischen Untersuchung unterzogen werden. Die beiden zunächst zu betrachtenden Fälle bilden die Hauptfälle der inkorrekten Entscheidungen; sie stellen im Zusammenhang die Anwendung der Sowohl-als-auch-Theorie dar. Dabei wird sich auch zeigen, daß sich unsere Theorie von der bisher mit diesem Stichworte bezeichneten und vom Reichsgericht geübten nicht unwesentlich unterscheidet, sodaß von uns im Ergebnis eine „modifizierte Sowohl-als-auch-Theorie" vertreten wird.

I. Fall: Der Richter erster Instanz hat — vom objektiven abstrakten Gesetz aus betrachtet — ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. erlassen, obwohl nach der Prozeßlage ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. hätte ergehen müssen. Die Entscheidung des ersten Richters stellt sich nun auch — konkret-prozessual betrachtet — als ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. dar. Die sich beschwert fühlende Partei legt gegen dieses Urteil Berufung ein. Der Berufungsrichter hat zu prüfen, ob die Berufung „an sich

statthaft" ist, m. a. W., ob der angefochtene Richterspruch — nach verkehrsgemäßer objektiver Auslegung — als „Zwischenurteil nach § 304 ZPO." aufgefaßt werden muß. Hegt er über den rechtlichen Charakter der Entscheidung Zweifel und erscheint es ihm unklar, wieso der Berufungskläger in der vorliegenden Entscheidung ein appellables Zwischenurteil nach § 304 ZPO. finden konnte, dann muß er als pflichtmäßig handelnder Richter mündliche Verhandlung anberaumen und den Berufungskläger zur Begründung seiner Behauptung, daß dies ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. sei (d. h. nach seiner Erklärung als ein solches aufgefaßt werden mußte) und evtl. zum Beweisantritt darüber veranlassen.

1. Möglichkeit: Der Berufungsrichter schließt sich der Meinung des Berufungsklägers an. Er hält die Entscheidung für ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. Er stellt aber gleichzeitig bei der Prüfung des rechtlichen Charakters der Entscheidung im formellen Berufungsverfahren fest, daß ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. ergehen mußte. Nunmehr ist er von Amtswegen nach § 539 ZPO. verpflichtet, das auf Grund eines schweren Verfahrensmangels ergangene Urteil aufzuheben und die Sache an den Richter der ersten Instanz zurückzuverweisen. Die Begründung wird den Hinweis enthalten, daß der Vorderrichter ein „korrektes" Zwischenurteil nach § 303 ZPO. erlassen möge.

Damit hat er allerdings das Rechtsmittel zugelassen, das der erkennbar gewollten — wenn auch unrichtigen — Entscheidung des Vorderrichters entsprach, aber nur insoweit, als auf diese Weise das Verfahren in die richtigen Bahnen geleitet wird, nicht insoweit, als damit andere Verfahrensmängel oder gar Verstöße gegen das materielle Recht gerügt werden.

2. Möglichkeit: Der Berufungsrichter läßt sich trotz der mündlichen Verhandlung nicht von der Behauptung des Berufungsklägers überzeugen. Er hält die Entscheidung — irrigerweise — für ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. und verwirft die Berufung als unzulässig. Durch diese zurückweisende Entscheidung und ihre Begründung steht nunmehr für die Prozeßparteien fest, daß die Entscheidung nicht als Zwischenurteil nach § 304 ZPO., sondern als Urteil nach § 303 ZPO. anzusehen ist.

Hier entstehen wieder zwei Möglichkeiten:

a) Der Berufungskläger beruhigt sich bei dieser Entscheidung des Berufungsrichters und ficht das Zwischenurteil des ersten Richters zusammen mit der Endentscheidung an. Entweder hält nun der Berufungsrichter dieses Zwischenurteil eben-

falls — irrigerweise — für ein Urteil nach § 303 ZPO. und läßt daher die Anfechtung zu, oder er sieht es — richtigerweise — als eine Vorabentscheidung nach § 304 ZPO. an. (Hier ist anzunehmen, daß das Berufungsgericht seine in der Berufungsverwerfung ausgesprochene Ansicht geändert hat, z.B. durch andere Zusammensetzung des Gerichts oder Meinungsänderung des einzelnen Richters.) Hier könnte er in formalistischer Weise die Berufung hinsichtlich des Zwischenurteils dann als unzulässig verwerfen, wenn die Berufungsfrist verstrichen ist und somit die Entscheidung rechtskräftig wurde. (Ist die Berufungsfrist noch nicht verstrichen, dann ist die Anfechtung ohne weiteres zuzulassen.) *Aber hier soll nun* — wie besonders im II. Fall näher ausgeführt werden wird — *der Sinn und Zweck einer Vorschrift über den leeren, sinnlosen Formalismus triumphieren.* Bei der pflichtmäßigen Prüfung des rechtlichen Charakters des Zwischenurteils muß dem Berufungsrichter auffallen (und er wird durch die vorangegangene, die Berufung als unzulässig zurückweisende Entscheidung darauf hingewiesen), daß das Zwischenurteil nach § 304 ZPO. unter einem schweren Verfahrensmangel leidet. Hier soll nun der Berufungsrichter (nach § 539 ZPO.) das Zwischenurteil und das (nach § 318 ZPO.) darauf beruhende Endurteil aufheben und die Sache an die erste Instanz zurückverweisen mit dem Hinweis, ein ordnungsmäßiges Zwischenurteil nach § 303 ZPO. zu erlassen, dessen sachlicher Inhalt dann eben mit dem Endurteil zusammen angefochten werden kann. — Natürlich soll der Richter bei dieser Entscheidung nicht in einen anderen formalistischen Fehler verfallen: er soll das Zwischenurteil und das Endurteil nur dann aufheben, wenn das Endurteil in seiner sachlichen Entscheidung auf dem Zwischenurteil beruht. Wirkt sich der Fehler des Vorderrichters nicht aus, so braucht er nicht beobachtet und geheilt zu werden.

b) Der Berufungskläger beruhigt sich nicht bei dem die Berufung zurückweisenden Entscheid des Berufungsgerichts. Er will auf alle Fälle versuchen, eine sofortige Nachprüfung des materiellen Inhalts der Entscheidung zu erreichen, indem er sich auf die Charakterisierung des Vorderrichters beruft. Dann steht ihm in bestimmten Fällen der Weg der Revision oder der sofortigen Beschwerde offen, je nachdem, ob die Entscheidung als Endurteil (auf Grund einer mündlichen Verhandlung) oder als Beschluß (ohne mündliche Verhandlung) ergangen ist.

Anfechtbar sind nur die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurteile und die die Zulässig-

keit der Berufung verwerfenden Beschlüsse (§ 545 Abs. 1 i. Vbdg. m. § 519 b Abs. 2 ZPO.). — Das Revisionsverfahren wird weiter unten ausgeführt werden.

II. Fall: Das Gericht erster Instanz hat — das sei unterstellt — ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. erlassen, obwohl die Prozeßlage den Erlaß eines Zwischenurteils nach § 304 ZPO. erforderte. Das Urteil ist als Urteil nach § 303 ZPO. charakterisiert. Die sich beschwert fühlende Partei legt Berufung ein und begründet sie damit, daß — nach ihrer Ansicht — ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. hätte ergehen müssen. Ein pflichtmäßig handelnder Richter wird seine Zweifel in einer anberaumten mündlichen Verhandlung zu klären suchen.

1. Möglichkeit: Der Berufungsrichter gelangt zu der Ueberzeugung, daß das angefochtene Urteil ein Urteil nach § 303 ZPO. ist, aber nach der Prozeßlage nicht hätte erlassen werden dürfen. Dann liegt in dieser Feststellung zugleich die Anerkennung eines wesentlichen Verfahrensmangels. Der Berufungsrichter steht jetzt im Widerstreit folgender Erwägungen: Soll er seine Ueberzeugung von dem wesentlichen Verfahrensmangel, die er im ordnungsmäßigen Berufungsverfahren gewonnen hat, dazu benutzen, um in korrekter, aber formalistischer Weise die eingelegte Berufung als unzulässig zu verwerfen, oder soll er mit ihr dem tieferen Sinn des Rechtsmittels zum Siege verhelfen, das mit diesem schweren Verfahrensmangel behaftete Urteil aufheben und die Sache zur richtigen Behandlung an den ersten Richter zurückverweisen, um dadurch den Weg freizumachen für eine Rüge der Partei in Bezug auf verletzte andere formelle oder materielle Rechtsnormen?

Die Entscheidung kann u. E. für einen Richter, der sich seiner Aufgaben und Pflichten gegenüber dem Gesetz und den drängenden Bedürfnissen des Rechtslebens im tiefsten bewußt ist, nicht schwer fallen: Er wird die zweite Alternative wählen.

2. Möglichkeit: Der Richter gelangt nach einer Prüfung nach bestem Wissen und Gewissen zur Ueberzeugung: die angefochtene Entscheidung ist ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. und auch vom Vorderrichter richtig erlassen. Dann soll er die Berufung als unzulässig verwerfen. Hat er auch nicht den — objektiv bestehenden — schweren Verfahrensmangel des Vorderrichters festgestellt,, so hat doch die Partei darüber eine richterliche Nachprüfung erreicht und das ist — rechtspolitisch gesehen — als ein Vorteil für die Partei zu bezeichnen. Die Verwerfung der

Berufung als unzulässig wird unter den Parteien zunächst über den rechtlichen Charakter der Entscheidung Recht schaffen.

Hier sind die zwei Fälle denkbar, die schon oben im I. Fall an der entsprechenden Stelle behandelt worden sind:

a) Entweder gibt sich der Berufungskläger mit diesem Urteil zufrieden und ficht das Zwischenurteil mit dem Endurteil zusammen an. Dann hat es dieser Berufungsrichter in der Hand, das Zwischenurteil ebenfalls als richtig ergangenes Zwischenurteil nach § 303 ZPO. anzusehen. Oder er hält das Urteil zwar für ein Urteil nach § 303 ZPO., aber er stellt gleichzeitig fest, daß es auf einem schweren Verfahrensmangel beruht: es hätte nach § 304 ZPO. ergehen müssen. In jedem Falle kann der Berufungsrichter eine Nachprüfung der gerügten materiellen und formellen Gesetzesverstöße des Zwischenurteils und des darauf beruhenden Endurteils vornehmen. Er hat die Möglichkeit, bei wesentlichen Verfahrensmängeln, die geeignet sind, der beschwerten Partei eine Instanz abzuschneiden, das Endurteil und das Zwischenurteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung ans Gericht erster Instanz zurückzuverweisen.

b) Oder der Berufungskläger beruhigt sich nicht bei dem die Berufung zurückweisenden Entscheid des Berufungsgerichts. Dann steht ihm mit der oben ausgeführten Beschränkung auf Entscheidungen bestimmter Gerichte entweder der Weg der Revision oder der sofortigen Beschwerde offen, je nachdem ob die Entscheidung als Endurteil oder als Beschluß ergangen ist. —

Die Behandlung dieser beiden praktischen Fälle möge nun in der *Revisions-* und in der *Beschwerdeinstanz* weiter verfolgt werden.

Im I. Falle (wo ein Urteil nach § 304 ZPO. ergangen ist, aber ein Urteil nach § 303 ZPO. ergehen mußte) legt der Berufungskläger gegen das zurückweisende Urteil des Berufungsgerichts Revision ein.

Hier folgen nun einige diffizile Unterscheidungen, die deshalb wiedergegben werden, um die rechtlichen Möglichkeiten in der Behandlung der konstruierten Fälle zu erschöpfen und so ein abschließendes Urteil über die praktische Verwendbarkeit unserer später zu entwickelnden Theorie zu ermöglichen.

Der Revisionskläger beantragt die Aufhebung des Berufungsurteils, das — wie unterstellt sein mag — als äußerlich ordnungsmäßiges Endurteil ergangen ist und rügt außer den Verstößen gegen das materielle Recht (durch die er sich am meisten beschwert fühlt) entweder die Verletzung der für das

Berufungsverfahren vorgeschriebenen *Verfahrensnormen* oder die Verletzung einer *Rechtsnorm* durch den Berufungsrichter.

Im ersten Fall wendet er sich dagegen, daß seine Berufung durch ein mit der Revision anfechtbares Endurteil als unstatthaft zurückgewiesen worden ist, während nach seiner Meinung nur ein die Berufung für statthaft erklärendes Zwischenurteil nach § 303 ZPO. ergehen mußte, oder daß die Zulässigkeit der Berufung erst in dem über die materielle Begründetheit der Berufung ergehenden Endurteil ausgesprochen werden durfte[25]). Er behauptet hier, das mit der Revision angegriffene Endurteil sei ohne die prozessualen Voraussetzungen ergangen, es sei prozessual unzulässig[26]). — Diese *„Verfahrensnormverletzung"* muß nach den Vorschriften des § 554 Abs. 3 Nr. 2 in Vbdg. mit § 559 ZPO. rechtzeitig in der Revisionsbegründungsschrift gerügt worden.

Im zweiten Fall — der natürlich in der Regel gleichzeitig mit der eben besprochenen Rüge geltend gemacht werden wird — wendet er sich gegen den *Inhalt*[27]) des Berufungsurteils ohne Rücksicht auf die für den Erlaß des Urteils maßgebenden Verfahrensvorschriften. Nach seiner Ansicht hat das Berufungsgericht den rechtlichen Charakter der mit der Berufung angegriffenen erstinstanzlichen Entscheidung verkannt, sie fälschlicherweise für eine Entscheidung nach § 303 ZPO. gehalten und daher die Zulässigkeit der Berufung zu unrecht verneint. Diese Revisionsrüge betrifft eine *„Rechtsnormverletzung"*: die Prozeßrechtsnorm, die besagt, daß gegen Zwischenurteile nach § 304 ZPO. die Berufung statthaft ist, sei nicht angewandt worden. Es bleibt dahingestellt, ob der Berufungsrichter bei der Aeußerung seiner angeblich falschen Rechtsansicht die für das Urteilsverfahren in der Berufungsinstanz maßgebenden Verfahrensnormen verletzt hat, ob er zu Recht die Form eines Endurteils gewählt hat. — In diesem Falle gilt nicht die ausschließliche Rügepflicht in der Revisionsbegründungsschrift wie im ersten Fall.

a) Gelangt das Revisionsgericht nun im „materiellen Revisionsverfahren" zu der Ueberzeugung, daß der Berufungsrichter sich geirrt habe, dann kann es das Berufungsurteil aufheben und die Sache zur anderweiten Entscheidung in die Berufungsinstanz zurückverweisen, da ja der Revisionskläger die Aufhebung ausdrücklich „beantragt" hat (§ 559 ZPO.). Das Berufungsgericht hat dann die rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts seiner

25) Vgl. Stein-Jonas § 519 b, III C Abs. 1.
26) Vergl. Stein-Jonas § 539, I, 3.
27) Vergl. Stein-Jonas § 554, III 3, Abs. 2.

Entscheidung zugrundezulegen, d. h. die Entscheidung des ersten Richters als Zwischenurteil nach § 304 ZPO. anzusehen und die Berufung zuzulassen. Gleichwohl kann es und muß es, nachdem es im „materiellen Berufungsverfahren" zu der Ueberzeugung gelangt ist, daß das Urteil nach § 303 ZPO. ergehen mußte, auf Grund dieses wesentlichen Verfahrensmangels das Urteil aufheben und die Sache an die erste Instanz zurückverweisen, ohne über die anderen gerügten Verfahrensmängel oder Verstöße gegen das materielle Recht zu entscheiden.

b) Hält das Revisionsgericht das erstinstanzliche Urteil ebenfalls wie das Berufungsgericht — unrichtigerweise — für ein Urteil nach § 303 ZPO., dann wird es die Revision als unbegründet zurückweisen. Die Partei hat so eine nochmalige Nachprüfung erreicht.

Im II. Falle, wo anstelle eines Zwischenurteils nach § 304 ZPO. ein solches nach § 303 ZPO. ergangen ist, wendet sich der Berufungskläger mit der Revision gegen das die Berufung als unzulässig verwerfende Urteil. Er will es aufgehoben haben. Er behauptet aber jetzt nicht, der Berufungsrichter habe den rechtlichen Charakter der tatsächlich erlassenen Entscheidung verkannt (also Verstoß gegen eine prozeßrechtliche Rechtsnorm), sondern er rügt das „formelle Berufungsverfahren" nach der Richtung hin, daß der Berufungsrichter die einschlägigen Bestimmungen in formalistischer Weise nur dem Buchstaben getreu angewandt habe und dabei den im gesamten Recht geltenden Grundsatz der „sinngemäßen Anwendung" verletzt habe. Diese Verfahrensrüge muß der Revisionskläger in der Revisionsbegründungsschrift geltend machen, will er sie überhaupt im Revisionsverfahren verwenden.

a) Das Revisionsgericht kann und soll — nach unserem Standpunkt — diesen Ausführungen folgen und das Berufungsurteil aufheben. Es soll die Sache dann ans Berufungsgericht zurückverweisen, das die Beurteilung des Revisionsgerichts seiner Entscheidung zugrundezulegen hat. Das hat auf die Berufung hin das Urteil des ersten Richters wegen eines wesentlichen Verfahrensmangels aufzuheben und die Sache seinerseits zur erneuten Entscheidung an das Erstinstanzgericht zurückzuverweisen, um das Verfahren in die richtige Bahn zu leiten. Andere gerügte Mängel des materiellen- und Prozeßrechts hat das Berufungsgericht zunächst nicht zu prüfen.

b) Folgt das Revisionsgericht nicht unserer Theorie, hält es das Urteil des Berufungsgerichts für richtig, dann wird es die Revision zurückweisen. —

Hier sei noch auf die Bestimmung des § 563 ZPO. hingewiesen. Danach kann die Revision zurückgewiesen werden, wenn die Entscheidungsgründe zwar eine Gesetzesverletzung ergeben, aber die Entscheidung selbst sich aus anderen Gründen als richtig darstellt. Es ist möglich, daß die Zurückweisung der Berufung aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grunde unrichtig ist, daß sie aber doch aus anderen Gründen (z. B. Fristversäumnis usw.) gerechtfertigt erscheint. Aber dieser Mangel des „formellen Berufungsverfahrens" müßte dann durch den Revisionsgegner in der Anschlußrevision durch eine formgerechte Anschlußrevisionsbegründung gerügt worden sein, da das Revisionsgericht von sich aus nicht aus solchen Gründen zur Klagabweisung gelangen kann. —

Wenn das Berufungsgericht die Berufung durch *Beschluß* als unzulässig verworfen hat, muß der Berufungskläger zur Anfechtung den Weg der *sofortigen Beschwerde* wählen. Das Verfahren und die Entscheidungsmöglichkeiten sind denen der Revisionsinstanz sehr ähnlich. Nur kann das gesamte Beschwerdeverfahren (nicht nur das „formelle" zur Prüfung der Zulässigkeit) ohne mündliche Verhandlung durchgeführt werden. Das Beschwerdegericht kann (nach § 575 ZPO.) den Beschluß des Berufungsgerichts aufheben und den Erlaß der „erforderlichen Anordnungen" dem Berufungsgericht übertragen. Trotz des veränderten Wortlauts ist aus dieser Bestimmung zu entnehmen, daß das Berufungsgericht seiner Entscheidung die rechtliche Beurteilung des Beschwerdegerichts zugrundezulegen hat. Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, daß das Beschwerdeverfahren nicht die dem Revisionsverfahren eigentümliche beschränkte Verfahrensmängelrüge kennt. —

Nun bleiben noch unter Anwendung des „modifizierten Sowohl-als auch-Standpunkts" die Fälle zu behandeln, in denen das *Berufungsgericht* eine *inkorrekte Entscheidung* erlassen hat. Sie bieten wegen der besonderen Ausgestaltung des Revisionsverfahrens, das eine Vorschrift wie die des § 539 ZPO. nicht kennt, jedoch nur scheinbare Schwierigkeiten.

Hier sollen nicht dieselben Beispiele wie oben gewählt werden (§ 303 oder § 304 ZPO.?), sondern inkorrekte Entscheidungen im „formellen Berufungsverfahren", die über die Zulässigkeit der Berufung gegenüber der sofortigen Beschwerde entscheiden, betrachtet werden (Urteil oder Beschluß?). Es handelt sich hier also um die unrichtige Anwendung von Entscheidungsformen

„verschiedener Kategorien" — um die Kracht'sche Unterscheidung zu gebrauchen.

I. Fall: Auf Grund einer mündlichen Verhandlung ist statt ein die Unzulässigkeit der Berufung aussprechendes Endurteil ein *Beschluß* gleichen Inhalts ergangen.

1. Legt der Berufungskläger sofortige Beschwerde ein, dann ist sie an sich statthaft, aber sie führt nach Feststellung des Verfahrensmangels nur dazu, den Beschluß aufzuheben und dem Berufungsgericht die erforderlichen Anordnungen zu übertragen, die hier darin bestehen, ein ordnungsgemäßes Endurteil gleichen Inhalts zu erlassen.

2. Aber auch Revision soll gegen diesen inkorrekten Beschluß zulässig sein. Eine gewissenhafte Prüfung der rechtlichen Natur der Entscheidung kann nicht allein danach fragen, ob Tatbestand und Entscheidungsgründe vorhanden oder nicht vorhanden sind und danach ein Urteil oder einen Beschluß annehmen, denn einmal kann ein Versäumnisurteil ohne diese „Urteilserfordernisse" ergehen und zum anderen brauchen Tatbestand und Entscheidungsgründe nicht äußerlich gesondert zu sein, sodaß bei äußerlicher Betrachtung eine Verwechslung mit den „Gründen" des Beschlusses (die in der Regel bei wichtigeren Beschlüssen gegeben werden) sehr leicht möglich ist. Der Revisionsrichter wird also eine genauere inhaltliche Prüfung der Entscheidung vornehmen müssen. Er wird zu der Behauptung des Revisionsklägers, daß der Entscheidung eine mündliche Verhandlung vorangegangen ist, Stellung nehmen müssen und schließlich erkennen, daß der Richter zwar einen Beschluß erlassen hat, aber ein Endurteil hätte ergehen müssen. Diese Feststellung eines wesentlichen, und — wie später ausgeführt werden wird — eines ganz besonders gearteten Verfahrensmangels, soll nun auch hier den Richter nicht zur formalistischen „Verwerfung der Revision als unzulässig" verleiten, sondern ihn vielmehr veranlassen, dem tieferen Zweck und Sinn der Verfahrensvorschriften im Rechtsleben zur Geltung zu verhelfen. Er soll das Rechtsmittel der Revision insoweit zulassen, als mit seiner „Zulassung" das Zulässigkeitsprüfungsverfahren (formelles Rechtsmittelverfahren) in Gang gebracht und nun „im Revisionsverfahren" diese besonders geartete Verfahrensverletzung festgestellt wird. Im übrigen soll die „Zulassung" der Revision keine Nachprüfung der übrigen gerügten Mängel herbeiführen. Das Revisionsgericht soll den Beschluß aufheben und die Sache ans Berufungsgericht zur erneuten korrekten Entscheidung zurückverweisen. Hier

muß wieder hervorgehoben werden, daß das Revisionsgericht eine solche Entscheidung nur fällen kann, wenn diese Verfahrensverletzung vom Revisionskläger oder Anschlußrevisionskläger in ihren Begründungsschriften gerügt ist.

II. Fall: Der umgekehrt liegende Fall verlangt eine ähnliche Behandlung: Das Berufungsgericht hat, ohne daß eine mündliche Verhandlung vorausging, die Berufung durch Endurteil als unzulässig verworfen, obwohl bei gesetzmäßiger Behandlung ein Beschluß ergehen mußte.

a) Der Berufungskläger legt Revision ein. Er rügt — wie oben beim korrekten Berufungsverfahren näher ausgeführt — entweder eine Verletzung von Rechtsnormen, die er damit begründet, daß das Berufungsgericht die angefochtene Entscheidung des erstinstanzlichen Richters in ihrer rechtlichen Natur verkannt habe oder eine Verfahrensnormverletzung, die er darin erblickt, daß der Berufungsrichter in formalistischer Weise judiziert habe. Das Revisionsgericht muß nun über diese Rügen im materiellen Revisionsverfahren entscheiden. Es kann nicht von sich aus das Urteil des Berufungsgerichts aufheben und zurückverweisen, obwohl es ganz klar erkennt, daß es nicht als Endurteil ergehen durfte und daher auf einem „wesentlichen Verfahrensmangel" beruht. Der Revisionskläger hat vielleicht kein Interesse an der Geltendmachung. Sollte der Revisionsbeklagte daran interessiert sein, daß die Anfechtung vor dem Beschwerdegericht stattfindet (das ist zwar auch das Reichsgericht, aber als Beschlußkammer in anderer Besetzung), dann kann er durch Anschlußrevision und form- und fristgerechte Rüge des Berufungsverfahrens die Aufhebung und Zurückverweisung ermöglichen. Das Berufungsgericht hat dann einen Beschluß zu erlassen.

b) Legt der Berufungskläger gegen dieses „Urteil" sofortige Beschwerde ein, indem er behauptet, daß das ergangene Urteil ohne mündliche Verhandlung, also zu unrecht, erlassen worden sei, dann soll der Beschwerderichter auch hier wieder eine formalistische Verwerfung der sofortigen Beschwerde vermeiden, sondern nach Feststellung dieses besonderen Mangels das Urteil aufheben und dem Berufungsgericht die „Anordnung der erforderlichen Maßregeln" übertragen. Der Berufungsrichter hat dann einen ordnungsgemäßen Beschluß zu erlassen. —

Es würde zu weit führen, die praktische Handhabung unserer Theorie an allen denkbaren inkorrekten Entscheidungen hier darzustellen. Es können nur die wichtigsten in Frage kommen.

Die Fälle mit dem Stichwort: Zwischenurteil nach § 303 oder § 304 ZPO., Urteil oder Beschluß haben wir kennen gelernt. Es mögen noch die Fälle: Versäumnisurteil oder kontradiktorisches Urteil, hinkendes bedingtes Endurteil und Urteil in Ehesachen ganz kurz gestreift werden.

Gegen ein *Versäumnisurteil,* an dessen Stelle ein kontradiktorisches Urteil ergehen mußte, kann Einspruch und Berufung eingelegt werden. Erkennt der erste Richter die Fehlerhaftigkeit seines Urteils, so kann er sie durch Zulassung des Einspruchs beseitigen. Die Berufung muß insoweit zugelassen werden, als sie zur Aufhebung des Versäumnisurteils wegen eines wesentlichen Verfahrensmangels und zur Zurückverweisung der Sache führt.

Ein kontradiktorisches Urteil, an dessen Stelle ein Versäumnisurteil ergehen mußte, kann nur mit der Berufung angefochten werden. Die Berufung führt ebenfalls wieder nur zur Aufhebung und Zurückverweisung. Der Einspruch ist deshalb unstatthaft, weil der Instanzrichter ein Endurteil *nie* selbst aufheben kann. Weist er den Einspruch zurück, so ist in der Regel die Berufungsfrist noch nicht verstrichen. Die Gerichtskosten der Zurückweisung müssen nach § 7 des Gerichtskostengesetzes niedergeschlagen werden. — Die Revision kann nur gegen Entscheidungen des Berufungsgerichts eingelegt werden. Es gelten hier die oben dargestellten Grundsätze. —,

Das *bedingte Endurteil,* das nur für den Fall der Eidesleistung (oder Eidesverweigerung) die Klagabweisung (oder Verurteilung) in Aussicht stellt, ist zwar fehlerhaft, aber eben doch ein Endurteil, weil es seiner Erklärung nach ein solches sein will. Daher ist es anfechtbar. Die Berufung führt aber nur zur Aufhebung des inkorrekten Urteils und zur Zurückverweisung der Sache. Gerade dieser Fall, an dem die Wurzer'sche Theorie scheitert, findet bei uns eine glatte und befriedigende Lösung. —

Auch in den inkorrekten *Eheurteilen* gelangt unsere Theorie zu brauchbaren Ergebnissen. Man muß sich nur des Hauptgrundsatzes der Einheitlichkeit des Eheverfahrens erinnern und ihm immer zur Geltung verhelfen.

a) Das Landgericht hat die Klage auf Scheidung durch Versäumnisurteil abgewiesen, der Widerklage durch kontradiktorisches Endurteil stattgegeben und beide Entscheidungen in einem Ausspruch verbunden. Legt der Kläger Einspruch ein, so wird damit — wegen der notwendigen Einheitlichkeit des Verfahrens in Ehesachen — das gesamte Verfahren (das der Klage und der Widerklage) in den Stand zurückversetzt, in dem es sich

vor Erlaß des inkorrekten Urteils befand. — Legt der Kläger Berufung ein, so wird das gesamte Urteil wegen eines wesentlichen Verfahrensmangels, der sowohl in dem gesetzwidrigen Erlaß des Versäumnisurteils wie in der Verletzung des Grundsatzes der notwendigen Einheitlichkeit des Verfahrens liegt, aufgehoben und zur erneuten richtigen Entscheidung ans Landgericht zurückverwiesen.

b) Das Landgericht hat die Klage auf Scheidung durch Versäumnisurteil und gleichzeitig die Widerklage durch kontradiktorisches Urteil abgewiesen. Der Kläger und die Widerklägerin legen Berufung ein. Die Berufung führt in jedem Fall zur Aufhebung des nunmehr in seiner Gesamtheit inkorrekten Urteils und zur Zurückverweisung der Sache. — Der Kläger legt Einspruch, die Widerklägerin Berufung ein: Die Berufung führt zur Aufhebung und Zurückverweisung. Der Einspruch versetzt den gesamten Prozeß in die Lage vor Erlaß des Versäumnisurteils zurück. Der gesamte Ehestreit war also nur für einen Augenblick in zwei Instanzen anhängig, ohne daß inhaltlich sich widersprechende Entscheidungen gefällt werden konnten. Er befindet sich für die materielle Beurteilung wieder in der ersten Instanz.

Nun zu dem in diesen konstruierten praktischen Fällen angewandten *Grundsatz* selbst! Er läßt sich kurz so formulieren: *Der Rechtsmittelrichter soll ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung nicht deshalb verwerfen, weil es nur durch eine fehlerhafte Behandlung der Entscheidung durch den Instanzrichter formal unzulässig erscheint.* Die Verwerfung müßte, antithetisch zugespitzt, so begründet werden: Das Rechtsmittel ist unzulässig, *weil* es durch einen besonderen wesentlichen Verfahrensmangel des Vorderrichters ausgeschlossen worden ist.

Das Rechtsmittel hat aber im Prozeß die *funktionelle Aufgabe,* alle Verstöße des Vorderrichters gegen das Gesetz einer nochmaligen richterlichen Prüfung zu unterwerfen, sowohl die Verstöße gegen das materielle wie gegen das formelle Recht. Dabei ist der Fall nicht ausgenommen, daß der Mangel im Entscheidungsverfahren selbst liegt. *Der Sinn des Rechtsmittels würde in sein Gegenteil verkehrt, wollte man es gerade dann ausschließen, wenn es sich darum handelt, den zunächst allerschwersten Mangel einer Entscheidung zu beseitigen, nämlich die ungesetzliche Entziehung der Rechtsmittelfähigkeit durch den Instanzrichter.* Denn das war das Ergebnis des ersten Teiles unserer Grundlegung, daß die Entscheidungen im Rechtsleben als

das angesehen werden müssen, was sie zu sein vorgeben. Man verletzt das innerste Wesen des Begriffs des Rechtsmittels, wenn man ihm die Grundlage seiner Anwendbarkeit gerade dann entzieht, wenn er sein Wesen erfüllen und seine Wirkungskraft am fruchtbarsten entfalten will. Diese Grundlage ist aber die „Zulässigkeit".

Auch hier erweist sich die unterscheidende reale und ideale Betrachtungsweise einer rechtlichen Erscheinung für unsere Frage förderlich. Zielpunkt alles menschlichen Handelns ist es, sich der Idee, dem Sollen zu nähern. *Seinem „realen" Begriff nach ist ein Rechtsmittel „zulässig", das an eine bestimmte durch Richterspruch konkretisierte Entscheidungsart anknüpft. Seinem „idealen" Begriff nach ist ein Rechtsmittel „zulässig", das an eine vom abstrakten Gesetz generell als anfechtungswürdig angesehene Prozeßlage anknüpft. Das Ziel, das in jedem Prozeß erstrebt werden soll, ist die Uebereinstimmung der „realen" und „idealen" Zulässigkeit.* Der Widerspruch zwischen dem Sein und dem Sollen wird — wie immer im Leben — durch eine Forderung gekennzeichnet und nur durch eine Tat aufgelöst.

Der Prozeß als dynamisches Prinzip hat die Aufgabe, dieses Ziel zu verwirklichen. Er hat aber auch in seiner eigenartigen Struktur die Kraft und die Mittel dazu, dieses Ziel möglicherweise zu erreichen. Alle Begriffe und Institute des Prozesses müssen unter dem spezifischen Entwicklungsgedanken betrachtet werden. *Die Lösung des Widerspruchs, die kühne Tat besteht in der „Zulassung" sowohl des Rechtsmittels, das nach dem „realen" Begriff zulässig ist als auch des Rechtsmittels, das nach dem „idealen" Begriff zulässig ist, aber beide nur zu dem Zweck, um den vom Gesetz gewollten Zustand der Rechtsmittelfähigkeit oder Rechtsmittelunfähigkeit einer bestimmten Entscheidung herbeizuführen.* Wir möchten diese „Zulassung" des Rechtsmittels lediglich zu dem Zweck, die Angleichung der realen Rechtserscheinung an sein ideales Vorbild zu ermöglichen und somit den gesetzmäßigen Zustand der Rechtsmittelgewährung oder -versagung im konkreten Prozeß zu schaffen, als *„funktionelle Gestattung" des Rechtsmittels* bezeichnen.

Dieser Begriff unterscheidet sich von dem der „realen Zulässigkeit" und dem der „idealen Zulässigkeit", er stellt die *Synthese* beider dar. Er ist ein „verfahrenstechnischer" Begriff, der aus der Funktion des Prozesses stammt, eine Bezeichnung für den spezifisch-prozessualen Weg, um dem objektiven Recht zur konkreten Geltung zu verhelfen.

Der Wert dieser Begriffsbildung liegt darin, daß sie einen bisher verschleierten und verdunkelten Sinn des Gesetzes aufzeigt. Wird der Begriff zur praktischen Theorie erweitert, dann gibt diese dem Richter eine systematisch und dogmatisch gesicherte Methode zur Lösung von schwierigen Rechtsfällen an die Hand.

Es wird vom Richter keine Rechtsverletzung, sondern gerade eine *sinngemäße Rechtsanwendung* verlangt. Dagegen wird durch eine statische Anschauungsweise und eine formalistische Handhabung des Rechtsmittelinstituts die Idee des Gesetzes vereitelt.

Damit das Rechtsmittel seine Hauptaufgabe erfüllen kann, für die materiell unrichtige richterliche Entscheidung die Möglichkeit der Richtigstellung zu eröffnen, muß es selbst die Fähigkeit haben, die Hindernisse zu beseitigen, die sich seiner vom Gesetz zugedachten Wirkungsmöglichkeit entgegenstellen wollen. Diese Fähigkeit liegt in seiner funktionellen Bedeutung als Institut des Prozeßrechts. Solange der Zustand der Idee noch nicht erreicht ist und solange der Prozeß noch nicht endgültig (durch die materielle Rechtskraft) abgeschlossen ist, drängen alle Prozeßhandlungen danach, mittelst der ihnen vom Gesetz zugewiesenen idealen Funktion das objektive Recht zu verwirklichen. Und mehr erstrebt unsere *„Theorie der funktionellen Gestattung"* nicht als Verwirklichung der Funktion der Rechtsmittel überhaupt, nämlich die nach dem objektiven Recht rechtsmittelfähigen Entscheidungen auch wirklich anfechtbar zu machen und die inappelablen der ihnen durch den realen Richterspruch zugesprochenen Anfechtbarkeit wieder zu entkleiden.

Insofern kann man von einer „Selbstbeaufsichtigung der Rechtsprechung durch das Gesetz" sprechen, aber damit umschreibt man nur den Begriff des Rechtsstaats.

Schluß.

Die *Theorie der funktionellen Gestattung* des Rechtsmittels scheint uns durch die obigen Ausführungen dogmatisch gesichert. Ihre praktische Brauchbarkeit hat sie u. E. in den oben behandelten Fällen bewährt. Die Ergebnisse scheinen uns einen billigen und gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen des Staates und der Partei darzustellen. Die erkannte Fehlerhaftigkeit einer Entscheidung wird nicht durch die staatliche Autorität sanktioniert, sondern, soweit Menschenkräfte reichen, berichtigt, ohne daß irgend ein Prozeßbeteiligter oder der Staat Schaden erleidet.

Die Theorie ist aber auch praktikabel. Es ist kein öder Formalismus, wenn die inkorrekten Entscheidungen von der Rechtsmittelinstanz aufgehoben und zur korrekten Behandlung zurückverwiesen werden sollen: Ein heilsamer Erziehungsgedanke findet darin einen wirksamen Ausdruck. Der Richter mag sich daran gewöhnen, seine Entscheidung stets sorgfältig abzufassen, wenn anders er vermeiden will, daß sie deshalb von der höheren Instanz aufgehoben wird. Daß diese Tätigkeit des Rechtsmittelgerichts in vielen Fällen ein bedauerlicher „Leerlauf der staatlichen Rechtspflege" ist, der besser vermieden werden sollte, braucht nicht betont zu werden.

Vom legislatorischen Gesichtspunkt aus ist deshalb der Gedanke zu befürworten, der durch eine Gesetzesbestimmung es dem Richter zur Pflicht machen will, jeder seiner Prozeßentscheidungen eine kurze Rechtsmittelbelehrung für die Partei anzufügen. Es wird dann mancher Fehler vom Instanzgericht vermieden werden, und die Partei hat für die unklaren Entscheidungen einen festen Anhaltspunkt. Der Rechtssicherheit wird damit nur gedient. Unsere Theorie kommt dann erst recht zur Geltung. Denn die Rechtsmittelbelehrung soll für die Rechtsmittelgewährung nicht konstitutiv sein. Der erkannte Fehler des Vorderrichters — und nur der interessiert bei einer praktischen Behandlung — soll erst nach „bestem Wissen und Gewissen" geheilt werden, ehe die inhaltliche Bedeutung des Rechtsmittels zur Geltung kommt.

Uebrigens hat der Gedanke der Rechtsmittelbelehrung schon in andere, und zwar in die modernsten Rechtsgebiete, Eingang gefunden [1]). —

Ein anderer Grundsatz verdient in diesem Zusammenhang Erwähnung: In § 300 StPO. ist ausgesprochen, daß eine irrtümliche falsche Bezeichnung des eingelegten Rechtsmittels nicht schadet. Er kann u. E. als allgemeiner verfahrensrechtlicher Grundgedanke ohne weiteres in das Zivilprozeßrecht übernommen werden. Er hilft aber nicht gegen die Versäumnis der Einlegungsfrist des „zulässigen" Rechtsmittels. —

Wir glauben, daß unsere Theorie in der Rechtspraxis angewandt werden kann, und wünschen, daß sie dort Eingang finden möge!

Jeder Richter, der vor die Aufgabe gestellt ist, unsere Frage lösen zu müssen, sollte sich eines von Brunner auf dem Innsbrucker Juristentag (1904) ausgesprochenen Satzes erinnern:

„Die Jurisprudenz ist eben nicht nur Handhabung logischer Kategorien, sondern ars boni et aequi. Sie hat die Aufgabe, die Gerechtigkeit im Rahmen des Rechts zu verwirklichen."

---

1) Vgl. Reichsabgabenordnung vom 13. XII. 1919: §§ 127 Abs. 2, 211, 242 Abs. 1, 231 Abs. 3: „Fehlt in einem Bescheid eine gesetzlich vorgeschriebene Rechtsmittelbelehrung oder ist sie unrichtig erteilt, so wird die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf gesetzt." —
Arbeitsgerichtsgesetz vom 28. XI. 1926, § 9 Abs. IV: „Auf den . . . Ausfertigungen der Urteile und . . . der Beschlüsse *soll* vermerkt werden, ob gegen die Entscheidung ein Rechtsmittel zulässig und bei welcher Behörde, in welcher Form und binnen welcher Frist es einzulegen ist." —
Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter vom 13. II. 1928 (in Kraft seit 1. IV. 1928), § 14 Abs. 4: „Jedes auf eine Aufhebungsklage ergehende Urteil *soll* einen Hinweis auf den zulässigen Rechtsbehelf, sowie auf die Form und Frist seiner Einlegung enthalten." — § 40 Abs. 4 Satz 3: „Die Beteiligten sind auf die zulässigen Rechtsbehelfe hinzuweisen; § 14 Abs. 4 gilt entsprechend."
Strafprozeßordnung § 268 Abs. III angefügt durch Gesetz vom 27. XII. 1926).

Lebenslauf

Am 5. Juni 1903 wurde ich, Ernst Fridolin Rudolf Piltz, als Sohn des Bankdirektors Ernst Piltz und seiner Ehefrau Clara geb. Büttner in Lobenstein (Thür.) geboren. Ich besuchte von Ostern 1909 bis Ostern 1914 die Volksschule zu Lobenstein, bis Ostern 1919 die Städt. Realschule zu Pößneck (Thür.) und nach bestandenem Einjährigen-Examen die Städt. Oberrealschule zu Jena. Das Abschluß-Reifezeugnis erhielt ich dort Ostern 1922. Mein 1. Studiensemester in Freiburg i. B. widmete ich der Philosophie, Geschichte und Philologie. Vom 2. bis einschließlich 7. Semester (Wintersemester 1922 bis Wintersemester 1925) studierte ich in Freiburg i. B., München und Jena Rechts- und Staatswissenschaften.

Am 17. und 19. Juli 1926 bestand ich am Gemeinschaftl. Oberlandesgericht in Jena die erste juristische Staatsprüfung. Zur Ausbildung war ich bisher dem Amtsgericht in Gera, der Staatsanwaltschaft in Weimar und dem Landgericht in Rudolstadt zugewiesen, zur Zeit bin ich beim Rechtsanwalt beschäftigt.

Das Thema dieser Arbeit ist mir von Herrn Professor Dr. Grünhut während seiner Tätigkeit an der Universität in Jena gestellt worden. Da er vor Beendigung meiner Arbeit an die Universität Bonn berufen worden ist, reichte ich sie bei der Juristischen Fakultät der Universität Bonn ein. Am 24. Mai 1928 bestand ich in Bonn die mündliche Promotionsprüfung.